
3 2044 103 174 959


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV·ANG
ET
ECCLESIAE
CHRISTO
VE RI TS

FRANCE

Hommage
à l'Académie des Sciences morales
et politiques
Ch. Lefebvre

LEÇONS
D'INTRODUCTION GÉNÉRALE
A
L'HISTOIRE DU DROIT MATRIMONIAL
FRANÇAIS

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE



BAR-LE-DUC

june 13 12

LEÇONS

D'INTRODUCTION GÉNÉRALE

A

L'HISTOIRE DU DROIT MATRIMONIAL FRANÇAIS

(COURS DE DOCTORAT)

PAR

CHARLES LEFEBVRE

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS



PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS
FONDÉ PAR J.-B. SIREY, ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL

22, rue Soufflot, 22

L. LAROSE, Directeur de la Librairie

1900

Rec. June 12, 1907

AVANT-PROPOS

Les leçons ainsi publiées forment l'Introduction générale d'un Cours sur l'histoire de nos institutions matrimoniales, que je souhaiterais pouvoir achever d'écrire avant peu d'années.

J'ai cru devoir lui conserver sa forme de cours oral pour lui mieux garder son caractère, et pour qu'il apparaisse comme exposé d'observations et de réflexions d'histoire plutôt qu'œuvre et appareil d'érudition. Il m'a paru nécessaire pourtant, au sujet du Bas-Empire et des Germains, de joindre à mon exposition bon nombre de textes, moins aisés à trouver communément. Les mettre sous les yeux du lecteur importait d'autant plus que, dans l'étude attentive de ces deux époques, est le nœud des principales questions soulevées sur nos origines.

Quoique j'aie peu de goût pour les recherches de préhistoire, et qu'il me semble même qu'on donnerait une direction fâcheuse à nos enseignements historiques, en les détournant de l'examen des vrais et sûrs précédents de notre droit moderne, pour préférer la poursuite souvent chimérique des coutumes primitives de l'humanité, on ne s'étonnera point que, rencontrant sur mon chemin l'une de ces hypothèses douteuses, je me sois efforcé de discuter à fond la coutume, soi-disant générale, du mariage antique par achat.

Pourquoi ne dirais-je pas d'ailleurs, qu'à raison de mon sujet même, le mariage, qui ressort de la morale autant

que du Droit, je me suis encore proposé quelque chose de ce qu'il me semblerait désirable de tenter pour conduire nos enseignements de droit, quand ils le comportent, au delà de l'histoire et de l'analyse purement juridique, économique ou politique?

TABLE

ET

SOMMAIRE DES COURS

II. LA TRADITION GERMANIQUE

PREMIER COURS

Programme, esprit, méthode et plan général.

Le mariage, envisagé surtout quant à l'ensemble de ses effets civils, et l'autorité paternelle, dans l'histoire de notre droit français — tel est le programme déjà annoncé de ce Cours. Je tiens à vous dire tout de suite qu'il est en grande partie le même que celui de l'an dernier, avec cette différence toutefois que je compte abréger de beaucoup les développements consacrés à l'ancienne théorie du *lien conjugal* fondée sur le droit canon et les ordonnances, pour m'étendre plus complètement que je n'avais pu le faire encore sur le grand nombre des *effets* ou des conséquences juridiques rattachées au mariage, et parfois si différentes jadis en pays de coutumes ou en pays de droit écrit.

Puisque je montre ainsi l'intention arrêtée de m'attacher à ce sujet de l'histoire du mariage, je voudrais vous rendre compte d'abord des raisons qui m'y déterminent. J'ai à vous donner aussi quelques explications sur l'esprit et la méthode qui me paraissent devoir s'imposer à ces études d'histoire du droit. En y joignant une délimitation plus précise de notre sujet et le tracé d'un plan général, nous aurons tout l'objet de notre première réunion.

I.

Voici mes raisons. — C'est que le *droit matrimonial* m'apparaît sans conteste la plus belle partie de notre ancien droit français, sa création la plus précieuse et la plus du-

rable. C'est qu'aussi, comme étude historique, il a cet avantage de n'être pas exclusivement juridique, de se lier de près à tout l'ensemble de notre histoire et de faire ressortir mieux que tout autre le rapport intime des mœurs et des croyances avec le droit.

N'est-il pas vrai qu'il est aujourd'hui pour nous la plus importante création de notre coutume française, puisque c'est surtout dans le droit des gens mariés que la société du moyen âge s'est fait et nous a transmis des institutions neuves, étrangères et supérieures à celles du droit romain. Déjà vous en savez assez pour que je puisse d'avance et d'un mot vous rappeler ce que le Cours aura pour but de mettre en pleine lumière. — Nul doute que notre législation du *mariage,* envisagé seulement comme *lien des personnes,* ne soit à la fois mieux organisée et d'une inspiration plus haute et plus juste que ces *justæ nuptiæ* si peu réglées et si relâchées de Rome aux temps classiques. Or, c'est bien au moyen âge que ce droit nouveau s'est constitué, en recevant comme principe cette idée capitale : que le mariage, placé en dehors et au-dessus des conventions ordinaires, implique formation d'un lien supérieur aux volontés d'un jour qui l'ont fait naître. — Et regardons de même à tout ce qui concerne les effets du mariage ainsi ordonné et indissoluble. Les deux principales institutions matrimoniales de notre droit moderne, l'*autorité du mari comme chef* et la *communauté de biens* entre époux, n'ont pas été non plus des créations romaines et nous sont bien venues du fonds spécial de nos coutumes françaises : Il ne saurait donc y avoir dans l'histoire de notre droit privé d'étude plus attachante que d'y rechercher d'où nous tenons ces grandes portions du droit qui nous régit encore : quelles ont été leurs véritables origines et comment elles se sont développées, organisées au moyen âge; comment aussi elles se sont maintenues, non sans peine et sans déformations, à partir de leur rencontre avec le droit romain renaissant.

Si le droit matrimonial est celui qui nous offre le mieux cet intérêt d'études, je n'entends pas dire qu'il soit le seul, puisque notre système de puissance domestique, et surtout d'autorité paternelle, est de même conçu tout autrement que la *patria potestas* et nous vient aussi des traditions françaises du moyen âge. A vrai dire, c'est dans l'ensemble des institutions de la famille et plus encore dans tout ce qui se rattache à l'organisation du foyer domestique, que nos mœurs et notre loi civile ont répudié les principes romains, d'une construction si artificielle, pour accepter de longue date les données plus naturelles et plus justes suivies dans la plus grande partie de notre ancienne France. Et c'est ainsi, que l'étude de l'autorité paternelle peut être reliée sans effort à l'étude historique des coutumes matrimoniales, qui feront surtout le gros de notre programme.

Puisqu'il nous serait bien impossible, au cours d'une seule année, de parcourir toute l'histoire de notre droit privé, laissez-moi du moins vous faire entrevoir que, dans ses autres parties principales, ne saurait se rencontrer au même degré le même intérêt. Il me suffira de quelques mots, et c'est le moyen de vous signaler, en les caractérisant, les autres portions de notre domaine historique.

Il est sans doute, dans l'ancien droit français, d'autres grands sujets d'histoire et non moins riches en créations originales, comme : la distinction des biens et *la propriété foncière* avec tout le système de la féodalité et des charges seigneuriales ou non seigneuriales, *les successions* avec les vieilles prérogatives de masculinité et d'aînesse et surtout la coutume jadis si importante des propres de famille. Je les ai traités déjà et je les reprendrai en d'autres années comme beaux sujets d'étude. Mais si grand qu'en puisse être l'intérêt historique, il leur manque cependant de s'être transmis jusqu'à nous en institutions durables et

encore vivantes. La Révolution a définitivement aboli la féodalité que nos rois n'avaient pas su liquider en temps opportun, et la grande théorie des propres de famille, quoique si nationale et remontant jusqu'à la *terra aviatica* des lois franques, n'a pu trouver grâce devant la Convention ni reparaître au Code du Consulat. Étudier leur histoire, c'est faire sans doute un long et instructif voyage dans notre passé, c'est voir naître et s'ordonner au cours des siècles de grandes constructions juridiques et politiques, qui ont bien porté l'empreinte de notre génie français, en méritant l'effort prolongé de nombreuses générations de grands jurisconsultes; mais pour n'aboutir en fin de compte qu'à constater leur démolition et ne contempler que des ruines, — tandis que notre vieux droit matrimonial s'est conservé comme une des belles parties du Code moderne. C'est qu'en effet, dans les grandes portions juridiques de la propriété foncière et des successions, les principes de construction romaine l'ont emporté généralement, comme plus simples et plus pratiques, sur les créations si complexes de nos coutumes.

Il est encore un autre champ d'études, et le plus vaste peut-être en droit privé, celui qu'occupent les *obligations et les contrats*. Mais ici et depuis bien plus longtemps, c'est le droit romain qui avait fourni tout l'ensemble des éléments au moyen desquels s'était formée notre ancienne jurisprudence et préparé notre Code moderne. Leur étude dans l'histoire de notre droit français n'est guère qu'un prolongement des études propres de droit romain, comme on peut le suivre en tous les traités anciens de Bouteillier jusqu'à Pothier. Les quelques points, sur lesquels on s'était écarté des principes romains, n'offriraient à mon sens ni matière assez ample, ni intérêt assez grand pour faire l'objet d'un cours annuel d'histoire de droit français. Ils ne prêtent bien qu'à quelques articles détachés de minutieuse analyse.

— Là surtout (dans une étude historique des *obligations*

et des contrats), nous manquerait cet autre intérêt, si fort à priser à mes yeux pour un enseignement d'histoire de notre droit privé, celui d'un lien visible et par là même plus captivant avec l'histoire générale du pays. Quoi d'attachant, sous ce point de vue, à rechercher quand et comment l'on est arrivé à déclarer : l'obligation contractée et parfaite *solo consensu*, la vente translative de propriété, l'hypothèque découlant de la force exécutoire des actes, ou encore la *fidejussio*, le *mandatum pecuniæ credendæ*, le pacte *de constitutâ pecuniâ* se confondant dans notre cautionnement français! Pour qui a la possession du droit romain, quelques lectures suivies des glossateurs et de Barthole, puis de Dumoulin et de Pothier, suffiront bien à retrouver toute cette filière. Il est clair que tous ces mouvements de jurisprudence, si ingrats pour une exposition orale, n'ont guère à voir avec la marche générale de notre histoire depuis les invasions barbares jusqu'à l'ère moderne. Aussi n'ai-je jamais pu me résoudre et ne saurai-je jamais me résigner à prendre un tel sujet pour le cours d'histoire de droit français.

Je n'en dirai plus autant du régime de *la propriété foncière et des successions* comme de l'ancienne *condition des personnes*. En eux, à côté et au-dessus de l'intérêt purement juridique, il apparaît que les principes dominants du droit privé ont pour caractère d'être intimement reliés à l'histoire politique du pays. Il en a été ainsi même dans le droit romain. Et, pour le nôtre, c'est le dire assez que d'évoquer le nom de *féodalité,* en se souvenant de l'action par elle exercée dans cette ancienne organisation de la propriété foncière, des conditions sociales ou des successions, supprimée surtout en haine d'elle par la Révolution. Nulle partie de notre histoire du droit privé n'est plus intimement liée aux grands mouvements de notre histoire de France et ne peut mieux servir à la compléter. Du moins c'est ainsi qu'il m'a toujours paru indispensable de les exposer, en poursuivant leur étude jusque dans les actes de

la Révolution, qu'elles aident si bien à mieux comprendre.

Mais l'histoire *du droit matrimonial* n'est pas moins liée, quoique sous d'autres points de vue, à notre histoire de France, dont elle est pour moi l'un des titres de gloire. En retraçant dans notre société l'histoire de ce droit des gens mariés si médiocrement conçu par les Romains, il nous faudra bien rechercher les causes de cette rénovation, ou mieux de cette régénération du mariage et des institutions qui en dépendent. Or il m'incombera de vous montrer que si ce droit nouveau a pu venir en partie du fonds barbare des coutumes germaniques, il est dû pour le moins autant, et selon moi bien davantage, à la direction morale si fortement prise et maintenue par le christianisme dans cette longue et confuse période du moyen âge. — Pour *le mariage* même, sa législation nouvelle ne sera-t-elle pas avant tout l'œuvre de l'Église (c'est-à-dire des pouvoirs publics de l'Église), et qui nous obligera à suivre l'histoire de ses progrès, puis de ses rapports avec l'État jusqu'aux sécularisations du droit moderne. — Et, de même, *puissance maritale, communauté, don mutuel* et jusqu'au *douaire* malgré ses origines plus lointaines, nous les verrons s'ordonner et s'édifier comme ayant été la vraie *coutume chrétienne des gens mariés* au moyen âge, sortie avant tout des sentiments et des mœurs dus au christianisme. Aussi nous mettra-t-elle mieux à même de mesurer jusqu'à quel degré il avait conquis les âmes françaises, avant que ces institutions n'aient perdu en partie la netteté et la franchise de leurs premiers caractères, au travers des déviations qui ont suivi la double renaissance, du droit romain et bientôt de l'antiquité tout entière.

Au surplus vous comprendrez mieux comment j'ai pu compter le droit des gens mariés parmi nos plus belles créations nationales, si je puis arriver à vous montrer qu'il a procédé presque entier, dans notre communauté si éminemment française, dans le don mutuel, et jusque dans le

grand douaire coutumier de Philippe-Auguste, d'inspirations analogues à celles qui nous ont valu la chevalerie et l'art gothique.

Je ne pourrai sans doute m'étendre au dehors de notre vrai domaine qui est l'histoire du droit; et j'en sortirais pour entrer trop ouvertement dans l'histoire générale de notre civilisation, si je voulais en venir jusqu'à rechercher dans quelle mesure cette régénération du mariage et du foyer domestique a contribué à la force de notre société française, au travers des longues épreuves du moyen âge et des temps plus modernes. Je crois pourtant qu'elle y a grandement servi, et qu'encore de nos jours notre constitution domestique, si saine et si juste, tant qu'elle restera soutenue par les mœurs et beaucoup des sentiments d'autrefois, pourra compter parmi les meilleurs éléments de notre société française, avec notre diffusion de la propriété rurale. Mais je devrai laisser ici bien des points à vos recherches ou à vos réflexions. — Toutefois à une époque où il paraît souffler à nouveau quelque mauvais vent de dissolution contre nos institutions matrimoniales (soit dans certaines mœurs nouvelles des grandes villes, soit dans certains milieux de littérature et de théâtre), où l'on parle volontiers et parfois si légèrement d'une crise moderne du mariage, il me semble qu'il importe plus encore d'en retracer la fidèle histoire dans notre pays. Et je n'hésite pas à dire devant vous, jeunes gens, qui sortirez bientôt de notre École pour avoir votre place dans tout ce mouvement des esprits, que j'ai dû voir dans cette tourmente de notre fin de siècle une raison de plus de m'attacher à ce sujet.

Vous ne pouvez d'ailleurs l'ignorer : il est impossible ici de séparer le droit positif des mœurs et des croyances, même dans l'étude de la législation moderne et à plus forte raison dans l'histoire. L'historien comme le jurisconsulte perdraient trop à s'isoler des moralistes pour se confiner

dans les régions souvent étroites et sèches du domaine purement juridique. Pourquoi? parce que le droit ne saurait suffire à gouverner toute la conduite humaine, même doublé de l'économie politique, cette science de la richesse et de l'harmonie des intérêts, sur laquelle on fonde peut-être aujourd'hui des espérances un peu excessives. Le patrimoine avec ses obligations et droits réels, ainsi que leurs transmissions à titre particulier ou universel, n'est pas tout le droit civil. La famille, encore qu'elle soit d'étude plus délicate, n'offre pas aux civilistes un moins grand et moins noble domaine. Mais ici l'économie politique et même la loi positive ne sont pas seules à considérer; car comment pourraient-elles prétendre tout inspirer et régir dans l'ordre des innombrables questions qui se posent au foyer domestique ; comment le droit pourrait-il intervenir partout et toujours avec son appareil inévitable de tribunaux et de force publique? De tout temps, et aussi bien de nos jours, le droit positif n'a pu toucher sainement au gouvernement du foyer domestique sans se préoccuper d'une direction supérieure, ni sans accepter le contact et le concours nécessaire de la morale et de la religion qui deviennent ses plus fermes soutiens. Et que dis-je? n'est-il pas obligé même, en son impuissance, de reconnaître au-dessus de lui tout leur office social et de s'en remettre le plus souvent à elles du soin de fixer plus à fond les préceptes nécessaires, parce qu'elles disposent aussi de sanctions plus intimes et plus pénétrantes, que le droit si perfectionné qu'on le suppose ne saurait jamais remplacer.

Pour qui veut tout regarder, le droit n'a donc en propre qu'un rôle réduit dans ce vaste cadre de la famille. Tout actif et comme au-devant de la scène quand il s'agit des régimes matrimoniaux entre époux ou de l'administration, de la jouissance, de la tutelle des père et mère, combien il apparaît effacé ou timide pour fixer et régir les grands devoirs de l'existence commune qui sont pourtant le fonds du mariage, ou ces fonctions d'éducation et de

garde qui restent bien l'essence des devoir et pouvoir paternels! C'est au jurisconsulte de le comprendre lorsqu'il commente la loi, et de ne pas voiler comme de parti pris l'explication des parts réservées à la morale purement philosophique ou religieuse, quand il lui appartiendrait de scruter et de retracer pour chacun, morale et droit, les limites et l'esprit de son rôle.

Mais dans l'histoire aussi, voilà bien pourquoi il est nécessaire de faire une attention constante à l'ensemble des mœurs et des croyances autant que du droit, si l'on veut prendre une idée juste de l'état et du régime de la famille à chaque époque, et mieux s'expliquer la teneur réduite des lois positives qui s'y réfèrent. Il faudra bien nous en préoccuper sans cesse pour expliquer depuis les antiquités de Rome jusqu'à nos jours les transformations du mariage et des institutions matrimoniales.

Au surplus, il y a longtemps que les historiens ont signalé et fait ressortir ce lien étroit des coutumes juridiques et des mœurs familiales. Tacite l'avait déjà compris en écrivant son précieux opuscule : *De moribus Germanorum*. Ihering, avec bien d'autres, en a fait la base de son exposition de la famille à Rome dans son *Esprit du droit romain*. Et n'est-ce pas l'un des mérites supérieurs du beau livre de Paul Gide, notre regretté maître, que d'avoir toujours relié la double considération des mœurs et du droit dans son histoire de la *Condition de la femme?* Comme œuvre de jurisconsulte et d'historien tout à la fois, je n'ai pas de meilleure lecture générale à vous recommander pour tout l'ordre d'idées auquel se rattachera notre sujet.

II.

De ces raisons ainsi données doit se dégager l'esprit même dans lequel nous devons conduire nos recherches historiques. J'en dirais autant d'ailleurs de tout autre sujet d'his-

toire. C'est l'*esprit même de cet enseignement* que je voudrais franchement accuser.

L'érudition n'est pas ce que je vise à faire devant vous, sous le nom d'histoire du droit. Et je tiens même à m'en garder. L'érudit (si toutefois je m'en fais bien l'idée) semble en effet se proposer surtout de faire des restitutions historiques pour elles-mêmes, en s'enfermant aussi consciencieusement qu'il le peut dans une période ou un coin de l'histoire. Aussi lui arrive-t-il trop souvent de nous révéler, à côté de choses capitales ou précieuses qu'il ne sait pas toujours assez mettre en relief, nombre de curiosités secondaires qui lui ont coûté beaucoup de peine à recueillir, mais qui restent sans intérêt appréciable pour la grande marche de l'histoire ou pour l'heure présente. Malgré moi, comme pour m'en défendre, j'ai toujours dans l'oreille le mot piquant quoique excessif de la comédie, parlant de ceux « qui nous feraient bien faire dix-huit fois le tour d'une pierre sous prétexte qu'elle est de Romulus ».

Un tel genre d'études serait d'autant moins de mise ici que ce cours d'histoire du droit privé me semble destiné avant tout à compléter une éducation générale de Docteur. Je dois songer que parmi vous le plus grand nombre, même entre les meilleurs, n'ont pas pour visée de former une compagnie d'archéologues ou d'archivistes, mais bien plutôt de solides jurisconsultes, d'hommes de droit. — Pour ceux qui ont, ou sont susceptibles d'avoir, la vocation spéciale des recherches historiques, ils trouveront dans ce cours assez d'éléments pour les soutenir dans cette voie, et peut-être même les mieux garder de certaines tendances fâcheuses. — Mais notre but général doit être avant tout la préoccupation constante et précise de mieux éclairer par l'histoire les origines et l'esprit de nos institutions modernes, autrement dit de vous mettre mieux à même de comprendre, de pénétrer et d'apprécier les principes de notre Code civil, et ceux qui ont passé ou prévalu dans les autres législations de notre époque. C'était ma formule du

premier jour et je ne m'en dédis pas, qu'à travers toutes nos excursions d'histoire et si loin qu'elles nous entraînent, nous devons toujours garder « *le Code civil à notre horizon* ».

J'en vois sortir aussitôt l'une des principales raisons qu'on peut donner de cet enseignement, et de la place qui lui revient maintenant au cadre du doctorat. Il a pour but de s'adjoindre à votre reprise générale du droit romain pour vous mettre mieux à même de reprendre aussi l'étude plénière du droit civil. Avant d'arriver à ce grand examen de droit civil qui, de nouveau et si justement, va comporter la revision du Code entier, vous avez d'abord à revoir d'une manière approfondie le droit de Rome : c'est-à-dire non pas seulement à le contempler comme un des grands spectacles d'évolution juridique (ainsi qu'on le dit volontiers aujourd'hui), mais à le considérer en tant qu'il a passé chez nos ancêtres pour le modèle de la raison écrite et qu'il est devenu la grande et principale source de nos lois civiles. Mais le droit romain, notre vrai maître en ce qui concerne l'organisation du patrimoine, n'a plus mérité de l'être, et tant s'en faut, en matières de mariage, malgré que nous ayons encore recueilli de lui sa forte construction du régime dotal, sa précaution méfiante du don révocable entre époux, et la notion de l'hypothèque légale que nous avons d'ailleurs singulièrement transformée et agrandie. Le vrai fonds de notre droit national et coutumier nous a donné ici bien davantage. Et c'est aussi travailler de notre côté à compléter le tableau des origines diverses du droit moderne que de prendre dans l'histoire de notre droit celle des institutions matrimoniales.

III.

L'esprit dans lequel un enseignement doit être conçu lui dicte *sa méthode;* mais ici je ne vois guère à vous dire

aujourd'hui. C'est au cours de nos recherches que je tâcherai de vous faire saisir à chaque occasion favorable les points de vue de méthode; car je crois qu'il en est de la méthode comme du mouvement même, qui jamais ne se fait si bien comprendre... qu'en marchant. Aussi me bornerai-je à deux observations, pour bien faire ressortir de tout ce que nous venons de dire notre système ordinaire d'exposition d'histoire du droit.

Voici la première : c'est qu'avant d'aborder la recherche historique de telle ou telle institution matrimoniale, le mieux sera de bien regarder d'abord aux traits caractéristiques de l'institution moderne et de les bien dégager, pour démêler à travers les vestiges du passé si déjà elle s'y rencontrait en substance, et par quels points vraiment essentiels pouvait ressembler ou différer le droit antérieur. Savoir ainsi discerner les traits décisifs et, si j'osais ainsi parler, la grosse charpente des institutions, de tous les revêtements secondaires, pour ne pas trop s'attacher aux seules ressemblances ou différences de pur détail, c'est là à mon sens une des grandes préoccupations de la méthode des études historiques, tout spécialement dans le domaine du droit. Et j'estime à cet égard que c'est d'abord d'une juste vision des choses présentes qu'il faut partir, pour mieux diriger ses recherches et garder un objectif assuré dans ce long voyage d'exploration qu'il nous faudra conduire à travers Rome et la Germanie, le Moyen Age et l'Ancien Régime, pour revenir jusqu'au Droit Moderne.

L'autre observation toute spéciale à nos réunions, c'est que je consacrerai surtout les cours à une exposition de résultats ou de raisonnements, sans trop m'embarrasser de produire tout l'appareil des documents sur lesquels ils sont appuyés. Toutes les pièces justificatives, nécessaires à une exposition d'histoire, peuvent être rapportées dans le corps ou surtout dans les notes d'un livre. Elles ne feraient qu'embarrasser la marche d'une exposition orale, en faisant perdre en outre un temps précieux. Je me bor-

nerai donc au cours à quelques citations tout à fait essentielles ou significatives.

Mais je ne puis oublier que toute étude d'histoire demande à être fortement appuyée sur des preuves, et que la vraie science est aujourd'hui plus exigeante que jamais, et à bon droit, sur le devoir de n'affirmer ou ne conjecturer qu'à bon escient. Je dois me souvenir aussi que tout enseignement d'histoire doit apprendre à se servir des textes et documents, comme il doit indiquer les moyens de les rechercher. Dans ce but je m'efforcerai de temps à autre de remplacer le cours par une exposition ou revue de textes, mais de textes venant tous ensemble alors, par leur réunion et leur enchaînement, compléter ou démontrer les raisonnements et les résultats exposés pour une période parcourue, et fournissant ainsi le moyen d'y jeter un dernier coup d'œil.

C'est surtout dans les conférences bientôt ouvertes à côté du Cours qu'il est possible, à ceux qui en ont le désir, de suivre l'histoire du droit de plus près et plus minutieusement dans les textes, d'y collaborer même par quelques travaux personnels. C'est là aussi qu'on pourra vous mieux montrer à poursuivre utilement l'étude des sources. Je ne saurais rester indifférent à leur direction ; et d'accord avec le docteur, chargé de la conférence, j'irai plus d'une fois y retrouver et conseiller ceux qui les suivront.

IV.

Il me reste à mieux délimiter le sujet fixé pour cette année, comme à en tracer un plan général et raisonné.

Notre sujet, vous ai-je dit, sera moins le mariage même que les *effets produits par le mariage.* Mais qu'est-ce donc que le mariage en dehors de ses effets? Il est ici une distinction qu'il faut préciser dès maintenant, sauf à l'approfondir plus tard. Elle se dégage bien d'ailleurs de l'ordre même

suivi dans notre Code civil qui nous aidera à la mieux comprendre. .

Étudier le mariage en dehors de ses effets, ce n'est autre chose qu'envisager, en lui-même et à part, *le lien conjugal,* tel qu'il doit se forger entre les époux par leur accord légalement conclu de se prendre pour mari et femme. Ce lien, dont l'anneau nuptial est l'emblème : comment et à quelles conditions de fond ou de forme pourra-t-il se nouer et se dénouer, voilà toute la théorie du mariage, avec ses empêchements, sa célébration et ses nullités; avec sa dissolution par la mort seule ou par le divorce, ou sa détente possible, sans rupture, par séparation de corps.

Dès que le lien est forgé et tant qu'il est maintenu, c'est l'*état de mariage* qui en résulte, et c'est alors tout l'ensemble des effets du mariage qui se déroule, comme rattachés au nœud conjugal : effets multiples, qui se traduisent en conséquences directes sur les personnes, comme suite et devoirs du mariage ; ou dans la sphère des intérêts, comme régimes matrimoniaux, restrictions aux libéralités, hypothèque légale, etc.

Or vous savez que si notre Code a concentré dans un seul titre la théorie du Mariage, en y joignant à peine quelques-uns de ses effets (comme l'énoncé des devoirs généraux et l'autorisation maritale), il a dispersé, au contraire, à travers tous ses titres l'ensemble des effets matrimoniaux, à ce point qu'il n'est guère de titre important où ne soit à noter quelque conséquence de l'état d'époux.

Mais l'histoire nous oblige encore à mieux faire et à mieux suivre cette distinction du mariage et de ses effets; car, seule, elle peut nous éclairer sur ces expressions traditionnelles de *lien conjugal* et d'*effets civils* du mariage qui reviendront sans cesse. Rome n'avait connu ni ces termes, ni ces idées. C'est au moyen âge qu'ils ont apparu avec la législation nouvelle de l'Église ayant à gouverner les mariages quant au lien (*de sacramento et fœdere*), tandis qu'il ne restait aux puissances séculières que le

règlement des effets civils. — La formation comme la dissolution ou la détente du lien conjugal, de ce lien non plus seulement voulu par les époux, mais resserré et sanctionné par Dieu lui-même (*quod Deus conjunxit*), c'est l'Église qui eut pendant des siècles mission souveraine pour en décider comme législatrice et comme juge. — Mais la puissance maritale, la communauté, le douaire, l'autorité paternelle elle-même avec les droits de parenté et de succession, autant d'effets découlants du mariage, régis et classés comme ses effets civils. Sur certains points seulement, sur ceux-là même où se rencontrent les limites, délicates à tracer, de la morale et du droit, et notamment quant aux devoirs réciproques auxquels le mariage vient enchaîner corps et âme toute la personne des époux, l'ancienne jurisprudence n'a jamais su marquer de traits bien nets une distinction des effets généraux du mariage et de ses effets purement civils. — Si ces distinctions n'ont plus même raison d'être dans notre législation sécularisée du mariage, nous n'aurons garde pourtant de les omettre dans notre exposé d'histoire.

V.

Pour toute cette longue exploration, *un plan raisonné* et tracé d'avance nous est nécessaire, et le voici.

L'histoire de notre Droit français ne s'ouvre à proprement parler qu'après les invasions germaniques, quand les Francs ont triomphé des Romains et des autres Barbares. Mais pour bien comprendre notre histoire nationale du mariage et ses effets, il n'est pas possible de la commencer à Clovis, sans souci du droit ou des coutumes antérieurs. Le mariage, comme union monogame, était depuis des siècles en usage chez les Germains comme chez les Gallo-Romains. Il avait des deux parts ses données établies dans le droit et dans les mœurs. Et, dès lors, il est in-

dispensable, à l'époque même où va commencer la marche propre du droit français, de relever et de considérer à la fois deux choses capitales : 1° les éléments de coutumes antérieures qui devaient se rencontrer par suite des invasions, pour avoir à se combiner ou à s'exclure et 2° les influences ou autrement dit les causes directrices qui vont agir sur les mœurs et sur le droit pour stimuler et guider leurs transformations ou leurs développements.

Et de là, en premier lieu, une large introduction qui s'impose et que nous devrons consacrer à l'exposé de ces précédents et facteurs de notre droit français.

La *tradition de Rome* devra nous occuper tout d'abord telle qu'elle s'était poursuivie jusqu'au Bas-Empire dans la Gaule romaine et déjà devenue chrétienne. Ne semble-t-il pas, en effet, du moins à première vue, qu'avec le système accepté pour des siècles, de la personnalité des lois, cette tradition romaine dut rester encore la mieux établie et conservée pour la grande masse des habitants? — Qu'était donc devenu le droit matrimonial romain au temps des invasions? c'est là une première et grande question à résoudre, afin de mieux rechercher et discerner dans la suite pourquoi et dans quelle mesure il a été abandonné ou s'est fondu dans les coutumes ultérieures, et aussi comment il faudra de nouveau compter avec lui après sa Renaissance.

Nous aurons même à nous demander si durant les siècles de domination romaine, il n'avait pas subsisté quelque tradition matrimoniale, gauloise ou celtique, voilée alors plutôt qu'éteinte sous le droit de Rome et susceptible de se ranimer ou de se développer après sa chute. Mais ici, suivant l'opinion commune, je n'aurai pas grand'chose à relever.

La tradition germanique, au contraire, c'est-à-dire l'ensemble des coutumes matrimoniales de ces barbares, sur-

tout des Francs, nous demandera aussi un long examen, à travers les documents trop rares et confus qui permettent de s'en faire une idée pour l'époque antérieure à leur conversion au Christianisme. C'est, en effet, question capitale et que nous retrouverons sans cesse, de savoir si la plupart des principes de notre droit matrimonial, étrangers au droit romain, n'ont pas eu leur source unique ou du moins principale dans un fonds primitif de coutumes vraiment germaniques. Et beaucoup l'exposent ainsi couramment, comme allant presque de soi. Je crois pour ma part qu'on s'est laissé aller à leur attribuer beaucoup trop, sans faire preuve suffisante de ces mœurs ou coutumes primitives. Sans contester qu'il y ait eu des prédispositions barbares vers des coutumes familiales plus naturelles et plus humaines que celles des Romains, mais qui n'avaient encore aucune consistance juridique, je vois surtout qu'après le triomphe et la conversion des Francs, c'est la société chrétienne du moyen âge, et cette société tout entière sans distinction de races, qui s'est fait à elle-même ce bel ensemble des coutumes matrimoniales françaises, sous une nouvelle direction des mœurs. D'ailleurs ce développement de coutumes ne s'est produit qu'aux mêmes temps où l'Église de son côté parvenait à resserrer et gouverner le lien conjugal.

Le christianisme et sa doctrine! Le christianisme devenu, en ces siècles de barbarie mais de foi et d'une vie religieuse si intense, bien plus capable d'inspirer et de diriger les constructions de coutumes naissantes, qu'il n'avait pu mordre sur le vieil édifice romain et le refaire : voilà donc aussi une tradition, ou pour mieux dire une influence prépondérante, qu'il nous faudra dégager et expliquer, afin d'être mis à même de comprendre et d'exposer toute la marche ultérieure de notre droit matrimonial français.

Ainsi s'imposent à nous trois grands chapitres d'introduction sur les traditions romaine, germanique et chré-

tienne. Et encore faudra-t-il les faire précéder d'un coup d'œil jeté sur les traits essentiels de notre institution moderne du mariage français, si nous voulons rester fidèles à la méthode de ne nous engager dans ce long voyage historique, qu'après nous être bien fixés au point de départ sur ce que nous nous proposons d'y observer ou d'y découvrir.

L'introduction terminée, nous pourrons alors nous engager à travers nos siècles d'histoire française dans l'étude de nos diverses institutions matrimoniales, en cherchant à démêler pour chacune d'elles, d'où elle est venue, comment elle s'est développée et juridiquement organisée, soit avant, soit après cette renaissance romaine qui nous a valu sur tant de points des déviations marquées, et non toujours heureuses, dans le cours de notre droit français.

Mais à partir d'ici de grandes divisions se présentent d'elles-mêmes dans notre plan.

Puisque je dois sacrifier cette année l'étude, si considérable en elle-même, de la formation et dissolution *du lien conjugal,* je n'ai pas sur elle de plan à vous tracer. Mais je ne saurais pourtant la passer entièrement sous silence. Il serait impossible de se rendre bien compte de nos grandes créations coutumières sur les effets du mariage, sans entrevoir comment elles se rattachent aux profonds changements survenus dans la notion même de l'union conjugale convertie en sacrement indissoluble. Une revue rapide des conceptions dues à l'Église en matière de mariage, et en partie conservées jusque dans la sécularisation moderne, nous aidera singulièrement à mieux comprendre les vraies origines de tout notre ensemble d'institutions matrimoniales.

Pour les *effets même du mariage* (notre vrai sujet), il nous faudra d'abord dégager toute une grande catégorie d'effets généraux, placés aux confins parfois si difficiles à

préciser de la coutume juridique et des mœurs. C'est là aussi que nous rencontrerons dans notre histoire la question inévitable des rapports de la religion, de la morale et du droit dans le gouvernement du foyer domestique. Et du moins aurons-nous à relever que, dans tout ce cadre des devoirs et effets généraux du mariage, la France entière suivait les mêmes principes et partageait sensiblement les mêmes usages.

Mais quand nous arriverons aux institutions vraiment positives *du droit des gens mariés,* une distinction profonde s'imposera suivant les régions; et nous rencontrerons alors tout le contraste des pays de coutumes et des pays de droit écrit. Les régions placées au Nord du plateau central de la France avaient recueilli du moyen âge un fonds de droit matrimonial composé surtout de quatre institutions : *puissance maritale, communauté, douaire* et *don mutuel,* qui déjà solidement établies lors de la renaissance scientifique du droit romain, ne reçurent de lui que des compléments ou des déformations, sans pouvoir en être ébranlées. Par contre les régions du midi, où s'étaient préparées avant cette renaissance des coutumes matrimoniales semblables à celles du nord, furent alors plus promptement et fortement ressaisies par le droit romain; si bien qu'elles abandonnèrent, pour le *régime dotal* et le *Velléien,* le meilleur des éléments coutumiers, qui n'y devaient persister qu'en de rares territoires. Il nous faudra donc séparer notre étude historique en deux grandes parties distinctes et fort inégales d'ailleurs, puisqu'il va de soi que l'origine et le développement des institutions coutumières, et vraiment françaises, devront surtout nous préoccuper.

De plus, tandis que les pays de droit écrit, dominés par la tradition romaine, connaissaient grâce à elle une jurisprudence assez uniforme, les régions coutumières avaient eu à subir une variété sensible en leurs coutumes locales, quoique moins considérable en cette portion du droit des

[illegible] autre. Faudra-t-il donc exposer toute cette variété de coutumes? À coup sûr, non; l'année tout entière y suffirait à peine. D'ailleurs à quoi bon dresser comme une statistique explicative des variantes coutumières? Qu'importe de relever dans telle ou telle région quelque décision singulière ou curieuse aujourd'hui disparue, comme s'il nous fallait considérer et regretter les fruits qu'elle aurait pu donner si elle n'avait pas été rejetée comme un germe inutile, jadis du droit commun et aujourd'hui du Code civil. Alors que nos ancêtres s'appliquaient si bien à comprimer et à réduire toutes ces variétés coutumières en vue de nous préparer notre belle unité française, pourquoi donc faudrait-il aujourd'hui perdre son temps et sa peine à remuer et cataloguer tous ces débris, par pur esprit de curiosité ou d'érudition?

Il n'est, à mon sens, qu'une recherche d'histoire vraiment utile et féconde, c'est celle qui se propose de discerner et de dégager tout l'enchaînement qui a fait naître, grandir et triompher l'ensemble des règles passées en droit général des pays de coutumes? *Le droit commun coutumier!* tel que l'ont dégagé nos grands jurisconsultes français depuis Beaumanoir jusqu'à Dumoulin et Pothier, là doit être le but principal de nos recherches. Et puisqu'en notre sujet comme en tant d'autres, c'est le droit de la région parisienne qui a servi de principal modèle coutumier jusqu'au Code civil, c'est à lui de préférence que nous devrons nous attacher.

Toutefois je reconnais qu'il importe de mieux éclairer par des exemples choisis ce grand fonds d'unité civile qui se préparait de longue date en notre France, sous des variétés secondaires apparentes. Aussi bien il importe d'apprécier l'effort continu de nos grands légistes français et plus tard des rédacteurs de nos Codes, pour parvenir à surmonter les divergences parfois graves entre de grandes provinces très attachées à leurs coutumes. J'espère que, cette

année, le temps ne me fera pas défaut pour ajouter à l'exposition historique du droit commun, des aperçus sur le droit matrimonial en quelques-unes de nos grandes coutumes.

Voici celles que je choisirai aux diverses extrémités de la France coutumière et dont je n'aurai qu'à dégager les traits principaux pour les comparer au système parisien :

Au Nord-Est, je prendrai le droit des gens mariés suivant la coutume de Reims, cette métropole chrétienne de la France qui, par une singularité étrange, semblerait à première vue avoir repoussé le régime de communauté. Et nous verrons qu'au fonds il n'en était rien.

A l'Est, s'offrent à nous les deux grandes coutumes de Bourgogne, d'autant plus remarquables que le Duché a pratiqué la vraie coutume matrimoniale française bien plus complètement que celle du Comté demeuré si longtemps terre d'Empire.

Mais c'est à l'Ouest surtout qu'il sera pour nous intéressant de retrouver la grande coutume de Bretagne, si profondément imbue, dès le XIII[e] siècle, des vrais principes coutumiers et chrétiens du droit matrimonial; tandis qu'à côté d'elle, et plus voisine de Paris mais plus infléchie alors vers l'Angleterre, la coutume de Normandie s'isolera de toutes les autres pour se faire un droit matrimonial singulièrement plus étroit et plus prudent.

Voilà tout notre plan tracé dans son ensemble, en ce qui concerne l'histoire du Droit matrimonial. Je n'y ajouterai rien aujourd'hui quant à *l'Autorité paternelle*. Il est à craindre que le temps nous fasse défaut pour lui consacrer une étude aussi complète. Et d'ailleurs nous serons amené souvent à rappeler les idées essentielles qui ressortent, à son sujet, de l'histoire, puisqu'il serait bien impossible de traiter entièrement du mariage et de ses effets, sans voir

apparaître et revenir sans cesse au foyer domestique cette grande question du mari et de la femme placés devant leurs enfants.

DEUXIÈME COURS

Les principes de l'institution du Mariage d'après notre droit français.

Pour ouvrir notre Introduction, je voudrais aujourd'hui vous rappeler par avance les notions générales du mariage qui sont sorties de notre vraie tradition française et qui dominent encore notre Code civil. Les avoir bien observées comme traits décisifs, c'est le meilleur moyen de nous guider dans nos recherches. Et voici d'abord ces idées essentielles formulées en quelques mots, pour en faire saisir l'enchaînement avant de les reprendre une à une.

1° C'est pour nous une première maxime que chaque mariage, ou autrement dit chaque union nouvelle, forme *un groupe ou ménage juridiquement distinct.*

2° C'est une seconde et fondamentale notion que le mariage, *considéré entre époux,* est construit tout entier sur la donnée morale et juridique d'*une association,* où le mari est érigé de droit en associé *chef vis-à-vis de sa compagne.*

3° C'est un troisième principe, à l'*égard des enfants,* que le mariage est l'*unique source de légitimité* et qu'il en est résulté dans nos mœurs et dans notre Droit une tradition sévère à l'encontre de la bâtardise.

4° C'est enfin une quatrième règle, *dans la constitution des familles,* que tout notre système de parenté repose sur *le mariage, seule base de la parenté civile,* mais en tenant compte des parentés maternelles aussi bien que des paternelles.

De tout cet ensemble de données résulte l'expression consacrée, que le mariage est pour nous le vrai et l'unique fondement de la famille.

5° Mais de là aussi (cinquième idée) la meilleure raison, dans l'ordre civil, de cette législation fortement ordonnée du mariage, et du *mariage indissoluble en principe,* qui est aussi notre tradition chrétienne et française.

Rendons-nous mieux compte aujourd'hui de chacune de ces affirmations.

I

A toute union nouvelle correspond dans notre coutume française *un ménage distinct,* formant en droit comme un nouveau noyau familial. Et c'est bien là ce qui résulte à la fois – de ce que les époux ne dépendent plus d'aucune puissance paternelle, – de ce que la femme n'est plus subordonnée à d'autres que son mari – de ce que les enfants ne relèvent plus que de l'autorité commune de leurs père et mère; et qu'ainsi toutes ces données conspirent à les unir au foyer domestique en un groupe bien caractérisé.

Est-il besoin d'insister sur tous ces points qui déjà vous doivent être familiers?

Dès le mariage toute puissance paternelle cesse, fût-ce sur de jeunes époux. Même avant les 21 ans sonnés, même dès 18 ans ou 15 ans suivant le sexe, tout ce qui subsistait d'autorité sur les mineurs : éducation, garde et correction sur les personnes, jouissance ou administration légale de leurs biens, tombe avec leur mariage. « Le mariage émancipe », vieille maxime coutumière suivie au Code civil (art. 476) et qui constitue, à la différence de Rome, l'indépendance complète du nouveau ménage.

Aussi la femme n'est-elle plus subordonnée qu'à son mari, suivant cet autre adage de nos coutumes : « Femmes franches sont en la puissance de leurs maris et non de

leurs pères ». Et rien n'établit plus nettement l'unité domestique que cette désignation légale du vrai chef de maison.

Quant à leurs enfants, nous savons bien aussi qu'ils ne relèvent que d'eux seuls. Plus d'aïeul ou d'ancêtre qui puisse ici primer le père, ni même la mère, en vertu d'un vestige quelconque de *patria potestas*.

Voilà pour nous, entre père, mère et enfants gardés sous leur autorité domestique toute de protection et de devoir, le vrai noyau familial ainsi formé par chaque ménage. Si bien qu'il ne nous donne pas seulement *en droit* cette idée d'une famille distincte, mais qu'il tend de plus en plus à former aussi bien *dans nos mœurs* un foyer détaché. La tendance est depuis longtemps accusée dans les villes. Mais, dans nos campagnes mêmes, il semble qu'il est de moins en moins d'usage entre ménages de parents et d'enfants, de vivre au même feu, ou « aux mêmes pain et pot », comme on disait volontiers jadis. La conception du droit marche ici d'accord avec les progrès de l'individualisme. – Mais alors même que les nouveaux mariés continueraient de vivre avec leurs auteurs en communauté d'habitation et de travail, comme il arrive parfois encore (en Limousin par exemple), il n'en est pas moins vrai qu'ils restent entièrement *sui juris,* qu'ils n'ont à reconnaître aucune autorité légale sur leurs personnes, et qu'ils comptent comme têtes ou groupe distinct dans le règlement des intérêts de cette communauté toute volontaire, avec faculté imprescriptible de séparation et de partage.

II

Notre seconde idée c'est que le mariage, dans nos mœurs et notre droit français, a été conçu et construit sur une donnée d'*association dirigée en chef par le mari*, comme étant par lui-même la plus naturelle, la plus profonde et la plus dis-

tincte des associations. — Et comme cette notion, fondamentale en droit, de l'association conjugale a été fort peu comprise des Romains qui n'ont pas su la dégager et l'organiser en idée juridique, que le droit romain même en a plutôt gêné le développement dans notre histoire et jusqu'à nos jours, il importe que j'y insiste dès aujourd'hui. Je voudrais au moins vous faire entrevoir combien cette notion, devenue la grande création juridique de notre coutume française, se présente à la fois : comme simple et juste en elle-même, et comme demeurée chez nous traditionnelle jusque dans notre Code civil.

Que le mariage apparaisse et doive être traité comme une association proprement dite c'est là une donnée rationnelle qui, pour nous modernes, semble bien découler de la nature des choses. Non pas que j'entende dire par là qu'elle ait été nécessairement une donnée primitive répondant à l'état de nature. L'état de nature, observé chez les primitifs, et le droit naturel dégagé avec les progrès de la raison humaine sont des points de vue si différents qu'il importe de se garder de confusion. L'histoire est bien faite pour accuser souvent leur contraste. Je dis seulement qu'à nos yeux et en droit naturel le mariage doit être considéré et réglé comme une association. Il est aisé de s'en convaincre.

Quelle est en effet l'idée toute simple d'association? S'associer, c'est s'unir en vue d'un but commun. Si donc il s'agit d'un but naturel, voulu ou accepté aussi par le droit, n'est-il pas juste et logique de concevoir et d'organiser l'union en une association véritable et d'ordre juridique. — Or, qu'est-ce que le mariage, sinon l'union légalement consacrée de l'homme et de la femme en vue d'un triple but pour tous deux :

1° L'union d'abord pour mener une existence commune : *consortium omnis vitæ,* et c'est le côté de l'association le plus profond par où les deux époux se donnent tout entiers l'un à l'autre. 2° L'union, toute naturelle aussi, de leur

activité et de leurs biens, ne fût-ce que pour jouir en commun de leur aisance et des produits de leur travail, en supportant aussi à deux les charges du ménage. Et c'est ici l'association conjugale quant aux intérêts, qui s'était si justement traduite dans notre coutume nationale par une véritable société ou communauté de biens. 3° C'est enfin pour le plus grand nombre des époux, suivant leur but le plus cher, l'union pour mettre au monde, et ce qui est bien davantage, pour élever à tous deux leurs enfants par un concert continu de soins et d'efforts. = Donc association dans leurs personnes, dans leurs intérêts, dans leurs enfants : voilà les données naturelles fournies au droit comme à la morale pour ordonner le mariage en une vraie et franche association.

C'est de même une donnée de droit naturel, dans cette association si profondément distincte de toutes les autres, que le mari doive être reconnu comme le chef de l'union conjugale vis-à-vis de sa compagne, aussi bien que chef de la famille vis-à-vis de ses enfants. – Dans toute société de quelque durée qui veut parfaire son œuvre, il importe que les tâches soient bien réparties et la direction organisée. Plus encore, à cette union si profonde et irrévocable qui va fonder un foyer et une famille, faut-il avec une juste distribution des rôles une discipline sûrement établie et le pouvoir dirigeant d'un chef.

Quant aux tâches, n'est-ce pas la nature même qui a voulu, entre ces deux associés, un partage de fonctions qui s'impose en tout ce qui concerne la vie domestique et le maniement des intérêts, comme la grande tâche des enfants. Je ne crois pas avoir besoin d'insister pour l'heure sur tout cet ordre d'idées que l'observation et l'analyse morales peuvent seules approfondir. Vous n'avez qu'à parcourir l'excellent petit livre de Paul Janet sur la famille. Vous le verrez aussi clairement que dans les livres rien qu'en regardant autour de vous, à tout ménage bien ordonné où chacun garde conscience de ses attributions et de ses devoirs.

Mais étant donnée cette diversité indéniable des natures et des rôles, c'est à l'homme par sa constitution même, à l'homme qui, sans rien assumer des lourdes fonctions de maternité et des menus soucis du ménage, garde ou doit garder, surtout vers le dehors, la supériorité et la continuité des forces physiques et intellectuelles, à lui, dis-je d'être le chef de la société domestique, ayant pouvoir de diriger et même d'imposer sa décision, mais aussi avec les responsabilités morales et au besoin juridiques de son autorité directrice. A lui d'être le chef en premier de la famille, tandis qu'à ses côtés sa compagne, comme maîtresse de maison ou comme mère, et directrice aussi à ce double titre, n'apparaît pourtant que comme chef en second et subordonnée.

Voilà ce qu'avec l'expérience presque universelle nous semble dire encore aujourd'hui la raison. Et ne croyons pas qu'il y ait là quelque atteinte au principe supérieur d'une égalité de fond entre ces deux créatures de même origine unies dans le mariage, principe aussi rationnel que chrétien, destiné depuis longtemps à conquérir et dominer toutes les consciences. N'est-ce pas lui au contraire, ce principe, qui est le meilleur soutien de l'idée même d'une association, qui se conçoit surtout entre égaux? Aussi bien nous l'invoquerons pour relever et critiquer dans l'histoire, ou même dans le droit moderne, toute organisation excessive ou pratique abusive de la suprématie maritale. Mais en soi le pouvoir du mari, conçu comme une autorité et une fonction de chef supérieur et de chef responsable, n'est qu'une suite naturelle et logique de l'idée si juste d'association morale et juridique entre les époux dans le mariage.

Or ne voyez-vous pas aussitôt comme toutes ces notions, bien avant d'être ainsi discutées et justifiées en droit naturel par la raison moderne, avaient été proclamées dans ces paroles étrangères aux Romains, mais si concises et si profondes : *Erunt duo in carne unâ. – Vir caput mulieris. – Mulier adjutorium simile sibi.*

A quoi ont abouti chez nous, dans nos mœurs et dans notre droit, ces justes données naturelles que l'humanité cherche à organiser depuis tant de siècles, et que le droit romain a si mal comprises?

En France notre coutume nationale, plus que toute autre coutume d'Europe, en est venue de bonne heure à ordonner en droit positif cette idée simple et franche de l'association conjugale. Elle a fait du mariage une société de droit, ou, selon notre vieux mot français, une *compagnie* bien disciplinée et réglée par un statut impératif qui pose à la fois les droits et devoirs mutuels des conjoints, avec les prérogatives du mari comme chef. Cette tradition s'est conservée jusqu'à nos jours; et j'ai maintenant à vous montrer, textes en mains, que telle est bien encore la conception générale de tout notre Code (quoiqu'il ne l'ait nulle part magistralement exposée) : au triple point de vue de la vie commune, des enfants nés du mariage et même aussi des intérêts.

L'union des personnes pour la vie en commun : c'est l'essence du mariage; mais c'est aussi ce que la loi positive peut le moins songer à régir en articles.

Et pourtant n'est-il pas bien visible que, dans les points qu'il a pu toucher, notre droit civil procède toujours d'une donnée d'association dont le mari est chef? Ainsi le Code a voulu consacrer le devoir de vivre en commun comme impliquant unité ou communauté d'habitation et de domicile. Et qu'a-t-il dit? C'est le mari qui fixera la résidence du ménage vis-à-vis de la femme tenue de le suivre, mais sauf à lui de la traiter en vraie compagne (art. 214). Et aussi, (ce qu'il est plus facile au Code d'assurer), l'unique domicile sera celui du mari comme chef (art. 107) : « La femme mariée n'a point d'autre domicile que celui de son mari ». — Notre loi de même ne conçoit bien entre époux qu'une nationalité commune, et c'est pourquoi elle n'hésite pas à décider que « l'étrangère qui aura épousé un Français suivra

la condition de son mari » (art. 12), et plus encore (art. 19) qu'il en sera de même d'une femme Française épousant un étranger, sauf à elle de pouvoir recouvrer aisément sa nationalité française après veuvage. Si nous ne manquons pas de regarder en outre, comme il convient, cet ensemble de mœurs et d'usages relatifs à la vie conjugale (d'où proviennent et d'où semblent émerger les quelques fragments solidifiés de la loi positive), ne voyons-nous pas que les époux ont aussi en mariage communauté de nom et de condition sociale, mais toujours avec la règle traditionnelle que c'est à la femme de prendre le nom et la condition de son mari. Ce qui jadis avait bien plus d'importance et même un effet juridique, alors qu'il existait une noblesse constituée.

Au surplus c'est toujours cette même idée d'association gouvernée par son chef, que la loi a voulu retracer encore quant à l'union des personnes dans les deux art. 212 et 213, où Portalis a si médiocrement traduit la juste inspiration du premier Consul (1). Nous y reviendrons; mais dire que « les époux se doivent *mutuellement* fidélité, secours et assistance » n'est-ce pas tracer ces devoirs de vie commune à titre de devoirs d'associé; tandis qu'en parlant de « protection due par le mari » et surtout « d'obéissance due par la femme » on a voulu marquer la fonction et le pouvoir du chef de cette union.

Avant que ces formules nouvelles fussent inventées, nos anciens auteurs avaient une manière plus simple et non moins profonde d'expliquer tout ce premier aspect de la vie et de l'association conjugales. Ils voyaient surtout dans l'ensemble des devoirs conjugaux, par eux plus lar-

(1) Bonaparte, avec son sens si juste de la direction en toutes choses, avait proposé qu'au jour de la célébration du mariage et, pour mieux tracer aux époux leur règle générale de conduite, la femme vint déclarer « qu'elle reconnaît son époux pour chef de la famille » et le mari, de son côté : « qu'il la prend pour sa compagne ». — Locré, t. 3, II, n° 24. — Pour la solennité comme pour le fonds cela eut mieux valu que nos art. 212 et 213.

gement et humainement tracé, la paraphrase directe de ces deux maximes : *Duo in unum — sed vir caput* — qui de plus en plus devront nous apparaître comme ayant été les paroles directrices de tout notre mariage français.

C'est bien la même conception qui va se retrouver dans cet autre effet capital du mariage : la grande *communauté des enfants.*

A Rome, il n'y eut longtemps communauté des enfants qu'au point de vue de la nature, puisque l'enfant ne se rattachait juridiquement qu'à son père par la *patria potestas* et l'*agnatio.* — Pour nous et de tradition française, elle est devenue, elle est encore communauté de droit. Et sans compter notre usage constant et légal de parler des « enfants communs », le Code a bien soin de poser toujours en principe les droits et devoirs de la mère à côté de ceux du père et au même titre.

Lisez seulement les art. 203 et 372. Dire, avec le premier, que « les époux *contractent ensemble* par le fait seul du mariage l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants » n'est-ce pas déclarer en d'autres termes qu'ils sont associés dans ce grand devoir d'éducation qui est la raison même de leur pouvoir. Et dire (art. 372) que « l'enfant reste *sous leur autorité*, jusqu'à sa majorité ou son émancipation » n'est-ce pas affirmer qu'ils sont associés dans cette autorité toute protectrice. Pothier l'expliquait bien en écrivant que « cette puissance, par le droit de nos provinces, très différent en cela du droit romain, est commune au père et à la mère, sauf que le père l'exerce seul, tant qu'il vit » (*Mariage,* n° 399). Tant il est vrai que notre tradition nationale a voulu l'association juridique des époux dans cet ordre où elle est d'ailleurs si profondément juste et naturelle.

Mais ici encore c'est la direction du mari, comme chef, qui s'impose dans cette nouvelle sphère de leur communauté; et la loi l'a dit, avec toute vérité pour le

fond, dans ce texte de l'art. 1388 où elle défend de déroger « aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants ». Puissance maritale sur les enfants! Langage inexact, a-t-on dit quelquefois sans réfléchir qu'il s'agissait bien pour le Code d'empêcher, non pas qu'on abdiquât l'autorité paternelle en elle-même, mais bien plutôt la prérogative du mari dans l'exercice de ce pouvoir domestique, telle qu'elle a été proclamée en de nombreux articles. Rapprochons-les : art. 373 : « Le père seul exerce cette autorité durant le mariage »; comme il exerce seul aux articles suivants les pouvoirs de garde et de correction, comme il a seul la jouissance légale (art. 384) et l'administration légale (art. 389), comme il lui appartient d'émanciper (art. 477), mais comme il est seul aussi « responsable du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux » (art. 1384). Il en est ainsi pendant toute la minorité des enfants, la mère n'ayant à prendre l'exercice de ses propres droits qu'à défaut du père, soit après son décès, soit même durant le mariage aux cas d'absence (art. 141) ou d'empêchement prolongé du père comme aussi de sa déchéance (Loi de 1889).

La même idée se poursuit encore quand il s'agit pour les père et mère de concourir au mariage de leurs enfants. A tous deux doivent être demandés leur consentement ou plus tard leur conseil. L'enfant manquerait à la loi (art. 148 et 151) et se pourrait heurter à un empêchement prohibitif s'il omettait de s'adresser à la mère comme au père. « Honneur et respect » ne leur sont-ils pas dus en commun (art. 371) et à tout âge? — Mais ici encore la prérogative du mari va reparaître, si le père et la mère n'ont pas la même pensée sur le projet d'union, et si le mariage ne peut avoir de validité sans le consentement obtenu. En cas de dissentiment c'est la volonté du père qui décidera (art. 148), parce que là où le consentement familial est une condition nécessaire et dirimante du mariage, il a bien fallu s'en remettre à celui qui est le chef en premier, et

sous sa responsabilité morale, pour trancher la question.

Ainsi donc nul doute que le mariage, envisagé sous ces deux grands aspects de l'existence commune et des enfants communs, n'ait été conçu, de tradition française, en vraie et franche association, ayant à sa tête le mari pour chef légal et statutaire.

Suivons-le maintenant sous son dernier aspect, dans cette région des intérêts pécuniaires, où la loi positive trouve plus de prise pour établir tout l'appareil précis et minutieux de ses règles et de ses sanctions.

Eh bien! là encore il est clair que notre conception française du mariage a bien été l'association des deux époux, puisque notre tradition nationale, notre régime ordinaire est, entre eux, *communauté de biens.* Plus ou moins étendue dans l'usage, n'implique-t-elle pas toujours au moins la grande idée de collaboration dans la communauté la plus réduite, celle des acquêts « *quod simul collaboraverunt* »? Aussi est-ce en elle que nous voyons le mieux organisée, dans le détail et avec toute la précision du droit positif, cette double idée qui domine tout notre mariage français, l'association entre époux, mais l'association gouvernée par le mari : puisque dans cette communauté il est le chef de droit, sans qu'il y puisse être dérogé.

Mais quelle harmonie, vous le voyez, dans l'adjonction de ce régime tout juridique de la communauté des intérêts aux deux grandes communautés morales et juridiques dont nous venons de parler tout à l'heure! Vous n'en comprendrez que mieux ainsi, que toutes ces données ont marché ensemble dans l'histoire du droit français, et que, pendant des siècles, notre coutume nationale n'a connu, n'a sans doute accepté même que le régime de communauté par un juste contraste avec les Romains qui, eux aussi, n'ont vraiment connu qu'un régime, celui de la dot et du Velléien répondant par une séparation outrée des intérêts à leur conception si différente du mariage.

— Mais à côté de notre communauté nationale (si éminemment française à travers toute l'Europe) d'autres pratiques se sont établies parmi nous, d'autres régimes ont été admis et sans doute, comme nous le verrons, sous des inspirations nouvelles fortement secondées par le droit romain après sa renaissance. Malgré cela il est resté vrai de dire que même en dehors de la communauté, quel que soit le régime du contrat, notre droit français veut et consacre toujours le principe d'une association juridique entre époux dans la sphère des intérêts. Et il importe que je vous le fasse au moins entrevoir dès aujourd'hui pour achever l'éclaircissement et l'exposition de notre idée d'association conjugale.

D'abord c'est le Code lui-même qui le laisse entendre en ses deux premiers articles du titre du « Contrat de Mariage ». Quand il nous parle (art. 1387) de « *l'association conjugale quant aux biens* » à organiser par ses divers régimes ou par combinaisons nouvelles, n'est-ce pas l'idée elle-même qu'il énonce et proclame comme dominant tout son système. Et lorsqu'il ajoute (art. 1388) que sous aucun régime « les époux ne peuvent déroger aux droits du mari comme chef » : *comme chef!* et de quoi donc si ce n'est de cette association conjugale quant aux biens envisagée partout dans le titre entier « du Contrat de mariage et des droits respectifs des époux ».

Deux applications principales et caractéristiques vont nous prouver d'ailleurs que la notion d'association conjugale reste maintenue et organisée au travers de tous les régimes : 1° cette association toujours imposée et réglée quant aux charges communes du ménage, 2° l'autorisation maritale, dominant sur le tout, puisqu'elle a été transportée par le Code jusque dans le régime dotal.

Sous tous les régimes, même celui de séparation de biens, il reste un principe inéluctable d'association juridique dans la nécessité morale et légale pour les deux époux de pourvoir ensemble aux charges communes du

ménage. C'est bien pour y répondre que la femme le plus ordinairement apporte une dot; mais la dot n'eût-elle pas été déterminée, la femme doit contribuer conventionnellement ou légalement sur ses paraphernaux (art. 1537 et 1575). Impossible d'éviter au moins ce minimum d'association d'intérêts, impossible aussi de déroger aux droits du mari comme chef de ce minimum de société. Car on ne saurait convenir licitement, même en contrat de mariage, qu'il incombera au mari d'apporter et de soumettre une dot au gouvernement de sa femme, ou même de lui remettre telle part contributoire de sa fortune, avec laquelle elle devrait assumer en chef responsable les charges du ménage.

Et l'autorisation maritale! Nous aurons à revenir amplement sur l'histoire et l'examen critique de cette institution si spéciale et si discutée de notre vieux droit français, mais aussi tant déformée depuis la renaissance du droit romain, pour qui elle était inconnue. Mais je puis bien vous le dire tout de suite. Elle n'a pour moi qu'une seule base historique et je ne lui vois qu'une seule base rationnelle, c'est d'être la traduction juridique de cette idée que le mari est le chef de l'union conjugale, sans l'assentiment duquel rien ne doit pouvoir être fait par sa compagne qui engage ou qui intéresse gravement le ménage. Cette autorisation maritale, (que d'ailleurs nous verrons naître et s'organiser dans nos coutumes françaises avec la communauté et en elle), c'est avant tout, dans la sphère des intérêts, la consécration et l'instrument pour le mari de son pouvoir dirigeant de chef dans l'association conjugale, — et vous pourrez voir (outre l'art. 1388) l'idée même se glisser et s'affirmer en propres termes dans cette partie de l'art. 1414, où il est parlé si net du mari « comme *dirigeant et autorisant les actions de sa femme* ».

Voilà bien la vraie tradition (*Vir caput mulieris*) qu'ont si mal à propos embrouillée, jusqu'à nos jours, certaines idées de protection tutélaire pour la femme. Elles étaient

toutes bien étrangères à la simple et juste conception de nos coutumes primitives, qui n'ont considéré dans le mariage, sous tous ses aspects, qu'une association juridiquement organisée et fortement disciplinée sous l'autorité du mari comme chef, vraie et simple réalisation, pour nos ancêtres du moyen âge, de la pensée directrice des Livres saints.

Il n'est pas assurément, d'association plus naturelle et plus profonde. Mais n'est-elle pas aussi la plus distincte jusque dans le fond même de sa conception juridique? Et ici se présente une dernière et fondamentale observation : c'est que, quoiqu'il s'agisse bien dans le mariage d'une association volontaire, (puisqu'on doit avant tout se marier librement), son statut nous apparaît presque entièrement déterminé par la loi, comme *statut impératif et d'ordre public.*

Tandis qu'en général toutes les autres associations humaines se font librement leurs statuts et peuvent les modifier en cours d'exercice, tandis qu'il est possible au gré des associés de fixer les obligations réciproques, de répartir les rôles, de conférer ou de retirer l'administration et la direction, – l'association conjugale, au contraire, est dominée par toute l'ordonnance d'un statut légalement imposé qui constitue l'état même de mariage. Pourquoi? On dira aujourd'hui qu'il en est ainsi par tradition séculaire, et parce que le mariage comme fondement des familles demande de l'État et de la loi un règlement d'ordre public. Nos ancêtres, habitués à chercher plus haut les principes de la famille, n'hésitaient pas à dire que tout ce statut n'était autre, en droit canon comme en coutume, que l'accomplissement d'un plan naturel et divin du mariage. Mais toujours est-il qu'il y a bien statut impératif. Peut-on toucher à rien de ce qui constitue le règlement légal de la vie commune et de la communauté des enfants? Non, à coup sûr. — Peut-on même, dans la sphère des intérêts et par contrat de ma-

riage, déroger aux droits du mari comme chef, y compris l'autorisation maritale. L'art. 1388 est là pour l'interdire. — Il n'est possible que de choisir entre quelques régimes ou combinaisons qui laissent intacts ces deux principes de l'association disciplinée. Autant de solutions incontestables. Eh! ne devraient-elles pas suffire à dissuader de redire encore, comme on l'a fait trop souvent, qu'il existe dans les conventions matrimoniales comme une faveur de liberté plus grande et dépassant le droit commun. Parler ainsi, c'est donner bien trop d'importance à quelques particularités secondaires et risquer d'entretenir une idée inexacte sur le fond des choses. C'est oublier que le mariage reste avant tout dominé par un principe de statut légal et non libre, qui s'impose aussi bien au contrat de mariage et se continue encore dans l'immutabilité des conventions matrimoniales (art. 1395). D'ailleurs, où donc serait-il ce prétendu droit commun, qui céderait devant la liberté plus étendue des conventions matrimoniales? Dans le droit ordinaire des sociétés, je suppose! Or, celui-ci permet avant tout de choisir le gérant et de modifier les statuts. Où donc trouver dans la liberté des contrats de mariage rien qui approche de ce droit commun des sociétés?

Cette grande tradition française, qui a fait ainsi du mariage une association fortement disciplinée sous la direction du mari, soulève pourtant une question suprême. Si le mari est de droit le chef de toute la société domestique, où donc notre coutume a-t-elle prévu et placé des garanties contre *les abus de son pouvoir* à l'encontre de sa compagne? L'abus du pouvoir! n'est-ce pas en effet la difficulté majeure inhérente à toute constitution qui organise le pouvoir même, qu'il s'agisse de la constitution domestique aussi bien que de la constitution nationale. Et même la difficulté y est encore plus malaisée à résoudre pour le droit positif, puisqu'il est bien impossible d'imaginer et d'établir, entre mari et femme, rien qui ressemble

à notre système devenu classique de la séparation et de la pondération des pouvoirs.

Contre les abus du mari, il peut être question du recours à la justice, sans doute! Mais quel remède insuffisant dans la plupart des cas où le mari aura donné des preuves manifestes d'incapacité ou de tyrannie dans son gouvernement domestique! — Oui, dans la communauté des biens, notre coutume a pu parvenir (et encore avec combien de peines et de lenteur!) à organiser un équilibre savant et compliqué entre le pouvoir presque absolu du mari, proclamé seigneur et maître, et toute la série des contre-poids peu à peu construits pour la femme. Là même sera le grand intérêt de toute l'histoire interne de cette communauté, quand nous aurons essayé d'abord de découvrir ses véritables origines. – Mais pour la vie commune, pour l'éducation des enfants communs, où sont les garanties organisées? Rien ou presque rien qu'une tendance moderne à développer ici l'intervention judiciaire, encore que souvent si malaisée ou impuissante.

Faudrait-il donc conclure, contre toute notre vieille tradition, à l'égalité absolue d'attributions entre les époux, sans discipline et sans chef, ainsi que l'a proposé Laurent dans son projet de revision du Code belge. Non, sans doute, puisque ce serait sous le beau prétexte de tout faire dépendre « de l'union des âmes », ouvrir carrière, avec l'égalité des rôles, aux tiraillements et conflits incessants. Mais si l'on s'en tient à la tradition séculaire et naturelle qui constitue le mari pour chef de l'union conjugale, n'apparaît-il pas aussitôt que la meilleure des garanties, la plus constante, contre le mauvais usage de ces pouvoirs, ne peut être trouvée que dans la responsabilité morale fortement enseignée et soutenue par les mœurs et par la croyance. Le droit positif n'a pu tracer qu'en s'inspirant de leur pensée supérieure, toute sa règle de hiérarchie domestique, et ne peut la voir sainement appliquée qu'en comptant surtout sur leur appui. Pothier n'avait donc pas

si tort, même comme jurisconsulte, en nous parlant sans cesse du for intérieur à côté des lois positives. Nos vieux auteurs du XIIIe siècle le sentaient bien aussi quand ils avaient soin de rappeler souvent qu'il est, même dans les sphères touchant au droit, des obligations dont on ne répond vraiment qu'à Dieu. Et c'est bien à cette grande idée dominant toute la hiérarchie tracée entre époux, que notre Beaumanoir a emprunté tout ce simple et admirable passage, où il expose si fermement le rôle et les devoirs des époux à travers les questions si délicates que peut soulever, même entre les meilleurs, la présence d'enfants d'un premier lit (1).

Sans l'idée toujours présente de cette responsabilité morale, impossible de comprendre notre organisation de l'association conjugale au foyer domestique, pas plus qu'on ne pourrait s'expliquer cet autre pouvoir domestique encore plus absolu et rayonnant sur une plus large famille, la *patria potestas* des Romains, de laquelle nos anciens auteurs ont tant de fois rapproché leur construction de la puissance maritale.

III

Notre troisième principe, c'est que le mariage est, dans nos mœurs comme dans notre droit, l'*unique source de légitimité;* car nulle autre filiation ne saurait prétendre ni au système favorable de preuves, ni à la plénitude des droits et prérogatives légalement consacrés pour l'enfant du mariage.

Aucun doute, à cet égard, dans notre tradition nationale, et même encore sous le Code civil, quoique depuis la Révolution cette tradition ait commencé de s'altérer. L'adoption était jadis tombée en complète désuétude, bien loin de pouvoir, comme en droit romain, imiter et

(1) Ch. 57, nos 7 et 8.

suppléer vraiment les justes noces. Si le terme juridique a été rétabli, vous savez bien que l'adoption un peu singulière de notre Code civil est loin de l'adoption romaine, comme elle est loin des pleins effets de la filiation légitime.

Quant aux enfants mis au monde en dehors du mariage, quelle qu'ait été la progression des droits rattachés de nos jours à leur filiation légalement reconnue, il s'en faut qu'ils soient assimilés aux légitimes, comme on l'avait si étrangement rêvé en 1793. Ils ne sauraient y atteindre de nos jours que par une légitimation, et la légitimation ne peut leur venir de leurs auteurs que par le mariage.

Leur condition a paru dure sans doute dans notre droit privé; elle était dure surtout jadis en droit public, par l'effet moral et juridique d'une tache de bâtardise. Mais d'où est venue cette tradition sévère, sinon d'une pensée bien arrêtée de fortifier l'institution même du mariage? Montesquieu nous l'a redit d'un mot dur et tranchant. « Il a fallu flétrir le concubinage, il fallait donc flétrir les enfants qui en étaient nés ». Mieux vaut ce qu'en disait naïvement notre très-ancienne coutume de Bretagne exprimant déjà notre tradition française au sujet des exclusions de bâtardise (n° 265) « et pour ce fut ce establi à ce que nul ne fit lignée hors de mariage, en favour de mariage, et en haine de ceux qui font advoultère ».

Donc en notre droit français nulle autre voie de légitimité; mais aussi nul moyen de rejeter de la famille les enfants du mariage, comme de les y faire entrer autrement que par le mariage. L'enfant né du mariage a vis-à-vis de ses père et mère, comme de toute leur parenté, une qualité indélébile que nulle exclusion, nulle émancipation ne pourrait comme à Rome atteindre dans son principe. Et c'était là encore une juste et naturelle tradition, d'autant plus importante jadis que nombre d'institutions reposaient sur la force et la fixité des liens de famille : telles les

guerres privées du moyen âge, et jusqu'au temps moderne la grande théorie des propres de succession.

IV

Ces effets de la parenté civile sont de nos jours bien réduits dans le droit, comme aussi dans les mœurs. Mais son principe est resté le même ; et c'est ici notre quatrième idée que *tout notre système de parenté repose sur les mariages :* en ce que les enfants vont se rattacher également aux deux lignages de leurs auteurs par une double et égale parenté, tant maternelle que paternelle.

Et voilà qui achève bien d'éclairer notre tradition française de la communauté des enfants. A chaque époux, donc à la mère comme au père, l'enfant est uni des mêmes liens de parenté comme d'autorité ; et cet effet de parenté s'étend à tout le lignage de chacun d'œux. Aussi n'est-ce pas une *cognatio* maternelle plus ou moins rapprochée de l'*agnatio* par les mâles, comme à Rome, où théoriquement et même pratiquement elles n'ont jamais pu se confondre jusqu'à Justinien. Non, chez nous, par principe et dans toute l'ordonnance de notre droit et de nos mœurs, la parenté maternelle compte autant que la paternelle. On le voit bien aux conseils de famille. On le voit bien aux successions quand il faut procéder dans les deux lignes par la série des mariages, pour vérifier les titres légitimes des parents héritiers. Il en est de même dans nos mœurs, où c'est encore la série des mariages que nous voyons s'aligner dans les lettres de deuil adressées au nom de la famille, sans se soucier de l'identité de noms, comme il l'eut bien fallu faire avec l'agnation du droit romain.

Ainsi de quelque côté que nous regardions, c'est le mariage qui se présente à nous comme la base de tout notre édifice familial. Et de là aussi cette locution chez nous

toute naturelle et si usitée qu'on se marie avant tout pour fonder une famille. « Législateurs, les familles sont la pépinière de l'État et c'est le mariage qui forme les familles » : ainsi débute l'exposé des motifs de Portalis.

V

Mais tout ce résumé, tout cet ensemble de notions fondamentales, n'est-ce pas encore ce qui peut le mieux servir à expliquer l'importance et la gravité de *notre législation si fortement ordonnée du mariage comme lien conjugal.*

Et c'est ici notre dernière idée. Oui, même en considérant notre loi moderne et toute séculière du mariage, même en faisant abstraction de la croyance au sacrement, qui pour les catholiques l'exalte plus encore (et qui nous a valu d'ailleurs en histoire notre conception du lien conjugal relevant d'une autorité supérieure aux volontés qui l'ont formé), le mariage nous apparaît désormais, rien qu'à titre d'acte civil, comme le plus important et le plus solennel des accords réglés en droit privé. Nous le tenons pour intéressant au plus haut point la société tout entière aussi bien que les individus et leurs familles. Nous expliquons ainsi que l'État intervienne à l'heure où il va se conclure pour concourir essentiellement à sa formation ; qu'il prenne tant de soins d'en déterminer les conditions et d'en limiter les nullités ; qu'il lui appartienne enfin de ne pas le laisser rompre à la seule volonté des parties, même à leur volonté mutuelle, parce qu'il ne s'agit pas là d'une convention rentrant dans l'ordre commun des contrats, mais d'un accord destiné à fonder un état irrévocable, celui d'époux, et par lui toute la famille même.

Si c'est bien là notre tradition du mariage français, nous tenons ainsi l'ensemble des principes ou des idées générales

que nous aurons surtout la préoccupation de voir surgir et s'ordonner à travers toute l'histoire de notre droit privé. Et tels sont bien aussi les points que nous devons avoir surtout en vue dans l'introduction qu'il faut entreprendre maintenant, pour interroger la tradition romaine, les coutumes germaniques et la doctrine matrimoniale du christianisme.

TROISIÈME COURS

I. — La tradition romaine. La patria potestas. — Le mariage avec manus.

Qu'était devenu le Droit matrimonial romain dans la Gaule du v[e] siècle, au temps des invasions? Par quels principes et dans quel esprit résolvait-il les questions fondamentales nées de l'institution du mariage? et quels traits essentiels trouverons-nous à relever dans la tradition, fortement établie pour les Gallo-romains, qu'il devait laisser comme élément de coutumes ultérieures?

C'est la première question de notre introduction, et non la moindre. Mais vous savez déjà que la réponse ne doit pas être directement cherchée dans la législation de Justinien, dont le Code et les Novelles n'existaient pas encore et ne furent établis que pour l'Orient. Ce droit spécial de Justinien n'est à envisager que pour l'époque qui suivra la Renaissance scientifique du xii[e] siècle. Mais pour l'heure, c'est le Code Théodosien, régissant la Gaule, qu'il faut surtout interroger, avec les Prudents de Rome consultés suivant la loi des Citations.

Cependant, nous avons encore pour suivre la tradition romaine aux premiers contacts des invasions, la *lex Romana Wisigothorum* ou bréviaire d'Alaric, et la *Lex Romana Burgundionum*, qui ont dû être rédigées l'une et l'autre aux premières années du vi[e] siècle (de 500 à 510). Tout cet ensemble de documents avec les écrits des jurisconsultes, surtout ceux de Paul qui paraît avoir été singu-

lièrement accrédité en Gaule, nous permettent de suivre jusqu'au temps de Clovis la tradition matrimoniale venue de Rome.

Toutefois, pour bien saisir ce qu'elle était alors devenue, il est nécessaire de reprendre de beaucoup plus haut l'histoire du Droit matrimonial romain et de suivre l'enchaînement qui l'avait conduit à son dernier état. Tout s'est ressenti jusqu'à la fin des conceptions antiques de la famille romaine dominée par sa *patria potestas*. — Et je vois encore d'autres raisons de m'attacher à cette revue générale de tout le droit romain. Depuis que les études de droit romain ont été restreintes et affaiblies pour la Licence, nous savons trop que tout ce grand sujet du mariage et des institutions domestiques de Rome a dû être réduit dans les cours élémentaires, malgré qu'il nous apparaisse de lui-même si riche en observations morales et en vraies considérations d'histoire. Il semble qu'il ait fallu l'écourter pour ne rien sacrifier des développements plus considérables qu'exige l'analyse des théories du patrimoine et de procédure. Dès lors, il est bon de considérer que cette revue historique de tout le mariage à Rome, nécessaire à notre dessein particulier, pourra servir encore à compléter votre revision générale du droit romain. Je ne craindrai donc pas de lui donner trop d'importance et toujours, comme il a été dit au début, en ne séparant pas le point de vue des mœurs et de l'histoire Romaines, de l'étude purement analytique et plus sèche de son droit.

Si les Romains nous semblent dans l'histoire avoir toujours eu comme principe la monogamie, s'ils nous en ont laissé de belles définitions comme celle de Modestin ou la touchante description de Columelle, si même le mariage paraît bien avoir eu d'abord une longue période de pratique austère dans leurs mœurs avant le relâchement

et les désordres qui ont suivi les grandes conquêtes de la République, il faut reconnaître aussi que, dans leur droit, ils ont toujours gardé une conception et une organisation singulières du mariage, ne lui ayant donné dans tout leur système juridique de famille, qu'une place de second plan et un règlement trop secondaire. Ils sont loin d'en avoir fait comme notre coutume française l'assise fondamentale de la famille.

Et la cause première! elle m'apparaît surtout dans le système extraordinaire et si artificiel de la *patria potestas* des Romains. C'est elle qui a toujours pesé (jusqu'au Bas-Empire) sur leurs diverses conceptions du mariage et qui nous semble, à nous modernes, les avoir faussées en les écartant des données naturelles. Me voici donc conduit tout aussitôt, pour vous l'expliquer, à quelques considérations préliminaires sur cette puissance paternelle du droit romain, si différente de celle que nous appelons encore du même nom. En cela nous ne sortons pas d'ailleurs de notre programme, puisque le sujet de l'autorité paternelle y est inscrit et qu'on ne saurait envisager tout le mariage sans y toucher.

I

La Patria potestas! c'est bien elle qui se détache dans les mœurs et le droit de Rome comme l'institution fondamentale de tout le système de famille. Car quel est le groupe familial par excellence, le groupe formé dans la *domus?* Il se compose des descendants immédiats et de la suite des générations *per masculos* issus du même ancêtre et gardés par lui sous sa *potestas*. C'est la définition même d'Ulpien dans la grande loi 195 § 2 D. (*De verborum significatione*) « *Jure proprio, familiam dicimus plures personas quæ sunt sub unius potestate aut natura aut jure subjectæ... Pater autem familias appellatur qui in domo dominium habet* » : donc un groupe juridiquement plus

étendu que notre ménage ou maison moderne, auquel correspondait sans doute le plus souvent aussi, dans les mœurs, l'habitation commune de ces diverses générations au même foyer ou sur le même domaine, sous la direction et maîtrise de l'ancêtre.

Considérée en elle-même, cette *potestas*, qui les retient ainsi groupées et enchaînées, nous donne aussitôt et au plus haut degré l'idée d'une monarchie domestique absolue, régnant sur toute cette descendance et acceptée comme telle dans les mœurs et le droit de la cité. Véritable souveraineté domestique, principe de tout le système, elle l'est si bien que tout nous apparaît comme émanant d'elle dans la *domus :* sa composition même, et la situation comme le rôle de chacun de ceux qui en font partie.

Sa composition. Et en effet (sans compter ce que nous rapportent certains auteurs latins de la faculté tout arbitraire qu'avait le *paterfamilias* d'accepter ou de repousser les nouveau-nés de sa maison), ce qui est bien juridiquement certain d'après le témoignage même des jurisconsultes, c'est que le chef de famille avait pouvoir de faire entrer pleinement des étrangers, par le moyen de l'adoption, dans sa *domus* et dans son *agnatio*, comme d'en exclure à sa volonté *filii* et *nepotes* par l'*emancipatio* ou la *datio* en *adoptionem*. Et ainsi, même pour l'enfant du sang sorti de justes noces, la parenté civile ou *agnatio* avec tous ses effets, loin d'être une qualité indélébile, dépendait du *paterfamilias*.

Leur condition en dépendait aussi, puisqu'ils étaient traités tous en *alieni juris*, c'est-à-dire soumis à la souveraineté du *paterfamilias* et absorbés même, au point qu'il n'existait en droit qu'une seule personnalité complète et un seul patrimoine, celui *du chef*.

A lui l'autorité absolue sur les personnes, puisqu'elle impliqua primitivement et pendant des siècles, jusqu'au pouvoir de vie ou de mort (*vitæ necisque potestas*), avec celui de diriger toute leur destinée intérieure, et notamment, sans nul doute, celui de dicter aux fils et filles leur mariage comme

de le leur interdire ou même de le briser par le divorce.

A lui de même l'autorité absolue sur les biens, puisqu'à lui aboutissait forcément, en droit, toute acquisition gratuite ou laborieuse des *alieni juris*, qu'il était libre de confier ou de retirer les pécules, qu'il pouvait disposer du tout et à toute heure, même à sa mort, avec une liberté testamentaire illimitée pour régler seul son hérédité et conclure son règne domestique. C'est donc bien là une souveraineté absolue dans la famille, où il compte seul juridiquement, avec pleine propriété des biens, comme dominant tout son groupe.

Je sais qu'on a dit et qu'on répète encore assez volontiers que le *paterfamilias* devait plutôt s'envisager comme le chef d'une communauté juridique à laquelle participaient ses enfants avec lui, quoique au-dessous de lui. Le terme d'*heres suus* et un texte de Paul ont beaucoup servi à cet égard. — Les *alieni juris* en communauté juridique avec leur *paterfamilias!* Cette idée n'est à mes yeux qu'une idée vague et au fond inexacte dans le vrai droit romain, sitôt qu'il apparaît construit et hors des limbes de la préhistoire. Une communauté de fait et même une communauté morale : oui, sans doute, puisqu'ils vivaient au même foyer et jouissaient ensemble de biens grossis ensemble, unis par l'affection mutuelle et les mêmes pensées d'avenir. Mais une communauté juridique ou copropriété, non pas! Car qui dit communauté juridique doit entendre un état d'indivision ou d'association, qui implique entre communistes quelques droits respectifs, encore qu'inégaux, et non la toute propriété pour un seul; sinon nulle communauté de droit. L'idée est d'autant plus importante que nous aurons à la retrouver dans l'histoire de nos communautés (conjugale ou familiale) françaises. Jamais on n'y a compris la communauté juridique que comme impliquant en face du chef (même le plus qualifié de maître et seigneur), quelque droit durant l'indivision, et surtout un droit dans son partage. Or où donc trouver un droit quelconque de communiste pour *l'alieni*

juris vis-à-vis de ce *paterfamilias* qui « *in domo dominium habet* ». Aucun droit tant qu'il est vivant, aucun droit à empêcher l'émancipation qui vous exclut, aucun droit primitivement contre la simple formule du testament qui vous déclare : *exheres esto*. Il n'y a donc rien là qui rappelle une idée de copropriété. Le *pater* est seul et pleinement *dominus*. Et bien loin que cette situation familiale appelle l'idée d'une communauté juridique, il est visible au contraire qu'elle a été systématiquement construite pour l'écarter (1). Gardons-nous donc de cette confusion dans les idées de droit.

J'insiste au contraire pour vous faire observer (à côté de cette notion fondamentale du *pater* unique *dominus*), comme les idées et les expressions de magistrature et même de monarchie domestique, c'est-à-dire de souveraineté intérieure sur les personnes, sont justement celles que doit évoquer cette *patria potestas;* et combien elles sont imparfaitement traduites dans nos termes affaiblis de puissance paternelle et de père de famille, raccordés depuis lors au niveau de nos institutions coutumières et modernes. Et je voudrais vous le faire sentir mieux encore par un dernier et simple rapprochement. N'est-il pas évident que vis-à-vis surtout des *nepotes*, issus de fils vivants encore,

(1) Le texte de Paul, *L. 11, D. 28-2*, après un autre de Gaïus, n'est à mes yeux qu'une imagination des Jurisconsultes classiques du IIe siècle, s'accordant avec les tendances nouvelles de réaction contre la *Potestas* absolue. Quelle valeur lui reconnaître comme témoignage d'histoire pour expliquer le droit des XII Tables, après tant de siècles ! Ce texte est en outre rempli de ces expressions qui sonnent l'indécision : *quasi, quodammodo domini*, etc. Et le bel argument pour témoigner d'une sorte de copropriété du fils, que de nous montrer le père pouvant le tuer, donc aussi l'exhéréder ! A quoi bon tout cet échafaudage d'à peu près juridiques, rien que pour expliquer le mot *suus* dont l'origine première reste si obscure et remonte peut-être avant l'époque de vraie construction juridique du groupement familial. Chez nous, où les enfants ont une saisine et une réserve, pourtant mieux assurées qu'à Rome, comprendrions-nous qu'on parle à ce sujet, pour eux, d'une copropriété du vivant de leur père ?

ce n'était pas à l'aïeul, *paterfamilias,* d'exercer ce que nous entendons, nous, par les attributs, les devoirs et les droits de puissance paternelle. A coup sûr ce n'était pas à l'ancêtre de les soigner, de les garder, de les instruire, de les dresser au travail, autrement dit de les élever, pas plus que de les enfanter! Or c'est bien là pour nous le fond de la puissance paternelle. Tant le rôle de cet ancêtre ne pouvait être alors notre vrai rôle de père, mais bien celui d'un chef de groupe ou de patriarche, gouvernant en propriétaire et magistrat à pleins pouvoirs, personnes et biens dans sa maison.

Aussi était-ce à lui de représenter et de couvrir au dehors tout le groupe familial placé sous sa direction, comme il répondait encore de leurs délits privés, sauf abandon noxal. La cité semblait reposer ainsi principalement sur une aristocratie républicaine de *patres familias* reconnus comme chefs légitimes de leurs *domus,* avant tout sous leur responsabilité morale, et aussi sous un certain contrôle de l'opinion et de la censure.

Voilà bien la conception première, si visible au temps des XII Tables, toujours gardée, au moins comme principe, dans toute l'histoire du droit romain.

Mais d'où donc était-elle venue et comment l'expliquer cette étonnante *patria potestas* que les Romains eux-mêmes, aux temps classiques, déclaraient leur être si particulière, et qui pèsera si lourdement sur toute leur notion du mariage?

L'explication la plus simple et la plus vraisemblable est, à nos yeux, d'y voir une de ces constructions précises et si rudes propres au génie romain, qu'il aura peu à peu conçue et édifiée pour organiser des coutumes primitives et plus naturelles de groupement familial.

Le groupement de famille se continuant pour plusieurs générations sous l'ancêtre commun (parfois même après

sa mort), c'est une coutume si naturelle, qu'elle ne s'est pas seulement rencontrée dans l'état de vie nomade, antérieur aux cités, pour la famille dite patriarchale, qui sent la nécessité de se maintenir assemblée afin de mieux se suffire et se défendre. Là où la cité, l'État, déjà organisés, semblent pouvoir garantir sécurité et justice; chez un peuple agriculteur même, comme étaient les Romains, le groupement familial des générations successives se montre encore tout approprié à la vie simple, unie et laborieuse des campagnes. Il répond en effet à ce double penchant de la nature humaine : de mieux entretenir par la vie en commun toutes nos affections naturelles, (voilà pour le côté moral); mais aussi d'atteindre des résultats meilleurs, à moins de peine et de dépense, en travaillant ensemble de bon accord (ce qui est le besoin économique, se joignant toujours à celui d'une sécurité plus grande). Il est encore plus d'un exemple, en France, de ces communautés familiales à l'état d'association toutes volontaires. Elles étaient jadis bien plus répandues. Et voici ce qu'en disait Guy Coquille pour sa coutume du Nivernais, qui avait prévu et réglé ces communautés tacites sous la conduite d'un chef, agréé sans doute et non imposé, mais qui était le plus souvent le père ou le frère aîné. « Nos villages es- « quels ces sociétés sont non seulement fréquentes, mais « ordinaires, voire nécessaires, selon la constitution de la « région, en tant que l'exercice du ménage rustique est « non seulement au labourage mais aussi à la nourriture du « bétail, ce qui désire multitude de personnes ». *Nivernais, Ch. 22, art. 1.*

La Rome primitive était surtout un peuple d'agriculteurs travaillant autour de l'enceinte consacrée; et ses historiens n'ont pas manqué de faire ressortir ce qu'elle a tiré de forces, en ses longs débuts, de sa population et de ses mœurs rurales. N'avait-elle pas aussi ses pâturages de la campagne romaine et de la Sabine? Eh bien! selon toute vraisemblance, c'est cet usage à la fois patriarchal et rustique,

que le rude génie romain est venu traduire et organiser en un groupement forcé, à patrimoine unique, sous la maîtrise absolue du *paterfamilias,* au lieu d'en faire une association juridique avec droits combinés pour chacun de ses membres (ce qui sera l'idée des coutumes françaises). Et c'est aussi par suite du même usage et des mêmes visées qu'il a systématiquement renforcé l'*agnatio* par les mâles, pour ceux qui devaient continuer entre eux ce mode de groupement familial sous le régime de la *potestas :* « *Omnes qui sub unius potestate fuerunt..... ex eadem domo et gente proditi* », tandis qu'il a négligé en droit, jusqu'à l'effacer presque, le lien de parenté maternelle ou de *cognatio,* comme ne pouvant se concevoir qu'avec des membres d'un autre groupe, par les mères qui en sont venues, ou les filles qui doivent y émigrer.

Je sais qu'il est d'autres explications beaucoup plus extraordinaires, et données encore comme vérités courantes. Il est bon de vous en dire un mot pour mettre en garde vos propres réflexions.

L'une qui semble surtout venir de nos voisins, mais qui s'est glissée dans nos livres, voudrait nous présenter cette *potestas* romaine comme une des organisations logiques *du patriarchat*, qui par une série d'évolutions aurait pris la place d'un prétendu *matriarchat* succédant lui-même à quelque promiscuité primitive. Je serais bien embarrassé de discuter de telles explications, par cette simple raison que je n'ai pu encore arriver, même à me faire une idée nette de cette accumulation d'hypothèses. Nos auteurs français qui avaient jusqu'ici la réputation de clarifier, tout au moins, les produits scientifiques d'outre-Rhin, ne semblent pas encore y avoir réussi sur cette question des origines de la famille, qui pourrait bien d'ailleurs rester insoluble pour la science humaine. Les simples expositions qu'ils nous en donnent (même en faisant abstraction des preuves qu'ils ne rapportent pas) me paraissent peu intelligibles en elles-mêmes. Et je déclare nettement qu'il

m'est impossible de saisir (or c'est là un des points décisifs), ni pourquoi ni comment on aurait passé de cette prétendue coutume d'un droit exclusif de la mère ou matriarchat, à un système tout opposé devenu le patriarchat et l'*agnatio*. — Au surplus qu'est-il besoin de tout cela pour nous faire comprendre la *patria potestas* des Romains? Et en quoi le patriarchat, même supplantant le matriarchat, pourrait-il bien servir à nous expliquer tout le système caractéristique des *alieni juris?*

Il est une autre explication qui a été fort accréditée depuis les belles imaginations poétiques de Fustel de Coulanges dans sa *Cité antique :* c'est celle qui veut rattacher toutes ces institutions primitives de la famille à Rome (avec bien d'autres, de la Grèce, de l'Inde, etc.) à ce qu'on nomme *le culte domestique des ancêtres,* c'est-à-dire à quelque nécessité toute religieuse d'avoir des descendants mâles et de génération masculine pour l'entretien continu des *sacra privata.* L'adoption et le testament comme l'*agnatio* même et la *patria potestas,* on a voulu tout nous expliquer par là.

Il m'a toujours semblé qu'on avait donné bien trop d'importance à ces petits dieux mânes, lares, ou pénates, pour en tirer l'explication mystérieuse de certains principes, obscurs et extraordinaires à nos yeux, de la famille et du testament romain. Qu'auraient donc été ces *sacra privata* de l'époque primitive, si féconds pour le droit? Un usage et un devoir, après avoir pieusement enseveli les ancêtres, de les implorer comme génies domestiques, et surtout de leur apporter régulièrement quelque nourriture pour les faire vivre sous la terre. Singulière idée, qui se serait perpétuée, à Rome aussi, pendant des siècles, d'abord comme un usage pieux, puis longtemps encore comme une routine sans croyances!

Il n'y a pas à contester l'usage traditionnel à Rome de *sacra privata*, dont l'essence nous est assez imparfaitement connue, mais qui impliquaient un règlement pratique et une transmission héréditaire. Mais comment établir qu'ils

aient pu jouer le rôle fondamental qu'on leur attribue pour l'organisation de la famille romaine et de sa *potestas?* Comment donc les *sacra privata* auraient-ils exigé et pourraient-ils nous expliquer logiquement tout ce fond de la *potestas* romaine avec le pouvoir d'exclure et d'exhéréder le vrai descendant de la race, comme d'en faire l'abandon noxal? Comment surtout nous rendraient-ils compte de toute cette organisation si caractéristique des *alieni juris?* Et quel rapport leur longue et profonde dépendance, dans la sphère des intérêts et du travail, pouvait-elle bien avoir avec ces *sacra privata?* — Quant au désir antique d'avoir des fils et des générations masculines, ne s'est-il pas retrouvé dans toute notre noblesse française, dans nos familles de tenanciers mêmes? Nos institutions contractuelles aussi n'ont-elles pas été sans analogie avec l'adoption et le testament des Romains, comme moyens de laisser à un continuateur qu'on s'est choisi, son domaine et son nom? Quel besoin, pour expliquer toutes ces coutumes, de recourir à des exigences venues des *sacra privata?* J'imagine qu'on aurait bien surpris Caton l'Ancien, ce type consacré de cette vieille race romaine d'agriculteurs, politiques et guerriers, si on lui avait exposé que lui et ses ancêtres n'avaient dû désirer fils et arrière-neveux, pour rien tant que de se voir apporter, avec des prières, un peu de nourriture et de libations près de leurs tombeaux. Et nous mêmes, qui avons pourtant le culte sincère des morts, nous voyons-nous bien instruisant nos enfants dans cette pensée que nous les désirons surtout pour avoir un jour leurs fleurs avec leurs larmes et leurs prières sur nos tombes? En vérité, si l'on veut aller au fond vraiment humain des institutions, c'est pour de bien autres et plus naturelles raisons que les hommes de tous les temps, et plus encore les primitifs (comme aujourd'hui encore les paysans) ont pu désirer des fils dans leur descendance; c'est pour avoir, sur terre, avec des rejetons aimés de leur race, des compagnons d'existence et de labeur, plus tard sou-

tiens de leur vieillesse, avant qu'ils puissent devenir un jour les héritiers de leur nom et de leur domaine, comme les pieux gardiens de leur exemple et de leur souvenir. Cela est plus simple et plus sûr que toute l'explication des *sacra privata*.

Si j'insiste un moment, c'est pour vous mettre en garde contre ce goût devenu tant à la mode, de ce qu'on pourrait appeler la *sociologie préhistorique*. Il est si tentant pour l'imagination de faire des hypothèses sur la société et la famille primitives, en se servant des moindres indices recueillis de tous côtés dans les traditions ou les légendes antiques, et volontiers combinés avec ce qu'on nous rapporte des peuplades les plus arriérées, voire même des sauvages. Vous vous y laissez prendre assez volontiers (je l'ai bien vu aux conférences de l'an dernier), en acceptant trop aisément de simples indications hasardeuses, comme *verba magistri*. Eh! ne voyez-vous pas bien, pourtant, comme on nous promène entre ces inventions singulières et contradictoires : les uns s'évertuant à voir évoluer (comme ils disent) toutes nos institutions humaines en partant, comme d'un axiome, de l'hypothèse préconçue de notre bestialité primitive, tandis que d'autres, avec les *sacra privata*, voudraient voir les coutumes sortir d'une période de sentimentalité religieuse extraordinaire. — Et que serait-ce si je vous parlais encore de toutes les hypothèses d'Ihering dans son étonnante œuvre posthume « Les Indo-Européens avant l'histoire »? Il faut bien pourtant que je vous signale, à raison de notre sujet même du mariage, celle qu'il présente pour expliquer la monogamie. Les Aryens, nous dit-il, devaient connaître la polygamie avant de descendre des plateaux de la Bactriane. Mais ils se mettent en marche et s'aperçoivent de la difficulté de garder chacun plusieurs femmes pour leurs expéditions. Et dès lors « ils abandonnent la polygamie moins par scrupule de moralité, que par l'impossibilité pratique de la continuer pendant la migration » (Livre IV, § 47, n° 1). Ce n'est qu'au cours des

temps qu'on aurait adopté le principe de monogamie pour lui-même. Quelle singulière explication et quel moyen de vérifier et de discuter de telles hypothèses?

Il vaut mieux à mon sens, sans perdre sa peine à ce nouveau genre de métaphysique décoré du nom de préhistoire, s'en tenir comme champ d'études aux époques et aux données qui sont déjà vraiment de l'histoire même. Et je crois plus sûr aussi de s'appliquer à conserver toujours le sens des vraisemblances morales, qui ressortent pour tous les temps du fond de notre nature humaine, au lieu de s'imaginer trop aisément que les hommes primitifs ont pu être, dans l'ordre moral, aux antipodes de ce qu'ils sont devenus. La Genèse n'est-elle pas là, parmi les plus anciens livres, pour attester qu'il y a plus de trois mille ans ils ne nous étaient pas si opposés?

Aussi ne puis-je accéder à l'idée de voir fonder les institutions familiales de Rome, même l'adoption et le testament, sur cette obscure donnée des *sacra privata*. Où voit-on, même qu'il y soit fait quelque allusion, à ce sujet, dans ce qui nous est resté du texte des XII Tables? *Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei ita jus esto :* où donc sont les *sacra?* — Et j'ai déjà conclu qu'il ne faut voir, dans tout le système de la *potestas* et de ses conséquences, qu'une organisation toute romaine, c'est-à-dire singulièrement forte et précise, des pratiques naturelles du groupement familial. J'ajoute maintenant que cette organisation n'a pas dû être créée d'un seul jet par un législateur (rien ne nous le dit); mais qu'elle aura dû croître, de la Rome primitive aux XII Tables, en se fortifiant sans cesse dans son sens absolu, à l'instar de tant d'autres coutumes qui ne se sont édifiées que peu à peu suivant toute leur portée (1).

A mesure que s'annonçait et s'affermissait la grandeur naissante et le génie politique de Rome, la coutume, diri-

(1) Telle que notre coutume française de la *terra aviatica* ou biens propres en a été un si grand exemple dans notre propre histoire.

gée par de fortes têtes dans cette race énergique, si prédisposée à la politique et au droit, tendit à édifier de plus en plus tout le système du groupement familial sur le principe de la *patria potestas*, érigée en maîtrise et gouvernement domestique absolus. C'est le génie romain qui l'a voulu ainsi, en négligeant, en supprimant peu à peu toute organisation juridique, soit des conseils et contrôle de famille, soit de tous autres pouvoirs rivaux de ceux du *paterfamilias*. Eh! n'est-il pas à croire qu'il en fut ainsi, puisque toute cette *potestas*, avec la rigoureuse construction des *alieni juris*, semble bien être restée propre aux citoyens romains, alors que tant d'autres peuples ont connu aussi bien les pratiques de groupement familial?

Considérée à l'époque des XII Tables, il est visible que la *Potestas* est une conception de génie politique bien plutôt qu'une conception religieuse destinée à faire du *paterfamilias*, comme on l'a dit parfois, un prêtre ou un pontife dans sa *domus*. Non! Le peuple romain tel que l'ont bien compris nos principaux historiens français, les Montesquieu, les Michelet, les Duruy, n'a pas été un peuple si éminemment religieux qu'il ait jamais fait prédominer le sens de la religion sur le sens de la politique et de la cité. Il n'en a pas été de lui comme de certains peuples de l'Orient, ou de notre France du moyen âge. La *patria potestas* et tout son système, c'est par-dessus tout une construction d'esprit politique, pour assurer dans le groupe de famille la plus grande force de cohésion au moyen de l'unité et de la discipline, et en le plaçant délibérément sous un régime de monarchie domestique absolue. Car ce n'est pas même à ce pouvoir de vie et de mort, qu'il faut surtout nous attacher pour la bien comprendre. On le retrouve ailleurs comme idée de magistrature domestique. César le signalait aussi chez les Gaulois de son temps. C'est bien plutôt à cette forte conception juridique des *alieni juris* absorbés par un chef qui a tout en main, comme pouvoir et fortune, qui compose et gouverne seul toute sa *domus*

jusqu'à son libre testament, qui comprime ainsi sous sa dépendance ses fils et tout le ménage de ses fils, sans être astreint à aucun partage d'attribution, ni à une communauté juridique, vis-à-vis d'eux tous, si grands qu'ils soient. Qu'est-ce autre chose qu'une organisation systématique d'unité et d'absolutisme dans la famille, en ne comptant pour la tempérer que sur l'action d'ailleurs si efficace des affections naturelles et de mœurs saines, ou au besoin sur la *censure?* Et en fin de compte, sous une discipline et une rigueur si excessives, comment ne pas entrevoir une grande école d'obéissance et de commandement, qui sans doute n'a pas été étrangère à la grandeur de Rome si tenacement poursuivie par tous ces *patres familias.*

« *Tu regere imperio populos, Romane, momento :* »

c'est la devise de leur histoire qu'il est bon d'avoir toujours présente pour mieux saisir le sens de leurs institutions propres. Ainsi l'avait compris notre grand Corneille en faisant si bien revivre, dans son vieil Horace, la vraie figure romaine de cette antique *potestas,* sans nul souci de s'embarrasser ni de patriarchat, ni de *sacra privata.*

Oui, cette *patria potestas* a été une construction juridique et politique prodigieusement conçue, mais s'écartant par trop des données naturelles en comprimant à l'excès la personnalité de tous les autres membres du groupe familial, traités en *alieni juris.* Or toute combinaison artificielle, si forte soit-elle, a son revers, comme il est arrivé de bien d'autres, de notre droit d'aînesse par exemple, qui a été, lui aussi, une construction familiale et politique, et non sans puissance. Eh bien ! l'un des grands revers de cette *patria potestas* s'est marqué dans les conceptions singulières et malheureuses que Rome a connues successivement quant au mariage. Et c'est ce qu'il faut expliquer maintenant pour toute la suite du droit romain, qui s'est

toujours appuyé sur sa vieille fondation de la *potestas,* même à travers tous les progrès de Rome et le changement de ses mœurs.

II

Et d'abord le mariage n'avait plus, *en droit*, le rôle capital, exclusif, qui lui est assigné chez nous pour la constitution de la famille.

Il ne l'avait pas (quoiqu'il fût à coup sûr le moyen coutumier de perpétuer les familles et grandir la cité) puisque le *pater* pouvait exclure de sa *domus* ses enfants ou ses petits enfants *ex nuptiis*, les dépouiller même de toute l'*agnatio;* puisque, d'autre côté, il pouvait introduire dans sa *domus* et au même titre, avec pleine *agnatio,* des enfants de provenance étrangère, par l'adoption. Je veux bien que l'émancipation, en vue d'exclure les vrais descendants, ait été rare. Mais nous savons que l'adoption était fréquente, pratiquée même par qui avait déjà des enfants du mariage. Neveux, cousins, étrangers pouvaient être adoptés comme *justi filii;* donc aussi bien des enfants naturels qu'on avait eus de son propre sang, mais d'un autre commerce. Eh ! n'est-il pas visible qu'une telle institution devait nécessairement diminuer le rôle et l'importance du mariage, et pouvait même l'ébranler.

Supposons en effet un Romain peu soucieux des *Justæ nuptiæ* (il n'en manquait pas avant Auguste) et pourvu d'enfants nés en dehors d'elles. Ne pouvait-il les faire entrer sous sa *potestas* et dans sa famille, en les adrogeant? Nul obstacle juridique à se passer ainsi du mariage, tout en perpétuant sa maison de sa race. — Les mœurs sans doute y purent longtemps résister. Il y avait un contrôle public pour les adrogations. Il y avait le sentiment de la dignité et de la considération sociale des justes noces, pour les faire préférer aux unions inférieures. Il y avait les *patres* et la discipline domestique

s'imposant aux fils de famille pour leur dicter moralement le mariage et ne pas tolérer aisément de fausses liaisons. Mais lorsque dans cette Rome, si agrandie et enrichie par ses conquêtes, les mœurs vinrent à s'altérer et tous ces obstacles à se détendre, n'est-il pas clair qu'il y avait là un premier point faible dans ces conceptions romaines du mariage et de l'adoption. Il est bien vraisemblable (quoique nous n'ayons guère de données) que déjà avant Auguste, surtout quand fut admise l'adrogation des impubères, on légitima ainsi bien des enfants *ex concubinatu vel spurii,* sans qu'on ait attendu la légitimation par mariage subséquent. J'y reviendrai d'ailleurs et vous le montrerai sous le Bas-Empire. Mais je vous engage à réfléchir dès à présent sur cette idée toute simple, qu'avec le système Romain de la *potestas* et de l'*agnatio,* c'est l'*adrogatio,* qui, entre père et enfants naturels, dut jouer le rôle dévolu de nos jours à la reconnaissance et à la légitimation.

Il est un second vice du système Romain, bien plus grave encore, qui dut singulièrement peser dès l'origine sur les mariages. Les *Justæ nuptiæ* par elles-mêmes *n'affranchissaient en rien de la patria potestas.* Ni avant, ni surtout après l'union formée, le mariage romain ne pouvait donc avoir la liberté civile de notre mariage français.

A tout âge, il fallait le consentement du *paterfamilias* aux noces du fils comme de la fille. Aucunes n'étaient possibles sans sa volonté. C'est même un point discutable, pour les temps antiques, de savoir si le *paterfamilias* ne pouvait pas, de sa volonté seule, mettre en mariage ses enfants et surtout sa fille, comme il les pouvait donner en adoption. Je ne puis croire pour mon compte que les *nuptiæ* aient jamais été comprises et juridiquement admises contre une résistance formelle des enfants; mais sûrement le *paterfamilias* pouvait dicter le mariage en usant de toute son autorité, voire même d'une menace d'exclusion ou d'exhérédation. Les Romains devaient appliquer ici quel-

que chose de l'idée qu'ils ont énoncée depuis au sujet des fiançailles ou de l'émancipation. « *Et qui non dissentiunt consentire videntur* ».

Mais encore si les *nuptiæ*, une fois conclues avec la volonté du *pater,* avaient du moins dégagé les époux de tous les effets de sa *potestas!* Or il n'en était rien; et il faut bien que nous analysions la situation faite, à la fois, aux fils et aux filles qui se marient.

Au fils d'abord. — Même marié, même devenu père à son tour, il restait en puissance et *alieni juris :* donc sans biens à lui dans son ménage, et rien de possible qu'un pécule à l'entière discrétion du chef de famille. Nulle autorité légale ne lui appartenait sur sa femme, nulle puissance sur ses enfants que le chef pouvait même détacher de lui par émancipation ou *datio in adoptionem.* Voyez-vous là combien nous sommes loin (comme système juridique) de la notion du mariage moderne créant un vrai ménage indépendant et distinct. —Sans compter que le chef de famille pouvait encore briser, à lui seul, ces *justæ nuptiæ* par un divorce imposé, même contre le gré des deux époux. Forcer son fils à répudier sa bru ou la répudier lui-même, il le pouvait; c'était logique. Et nous avons des textes qui le prouvent jusqu'à l'époque des Antonins. Nous l'entendrons bien dire à Ulpien quand il rapporte en termes si saisissants la réforme encore timide des Antonins : « *Et certo jure utimur ne bene concordantia matrimonia jure patriæ potestatis turbentur; quod tamen sic erit adhibendum ut patri persuadeatur, ne acerbe patriam potestatem exerceat* » (1). Quand on y songe, est-il rien de plus dur et contre nature, dans la *potestas,* que cette domination si longtemps conservée à Rome par les *patres* sur les mariages de leurs descendants, à l'endroit des époux comme des enfants qui en pouvaient naître. Et faut-il qu'à ces vieux

(1) L. 1, § 5, D. (43-30). Ce texte ne vise que les effets de la *potestas* sur l'épouse, dans le mariage *sine manu.* Mais l'appréhension des contraintes nées de la *potestas* peut se concevoir aussi bien des deux côtés.

Romains ait manqué dès l'origine le véritable sens de l'union conjugale pour avoir conçu et ordonné leur droit, jusqu'au point de la subordonner et l'assujettir tout entière à une volonté extérieure, fusse celle d'un ancêtre!

Telle était pourtant la situation faite au *filius familias* qui se marie. Rien ne nous permet de croire qu'il était souvent émancipé par la volonté des chefs de famille. Peut-on bien le concevoir même, avant qu'on ait connu les réformes prétoriennes et les *bonorum possessiones* en faveur des émancipés? Ils n'avaient donc la pleine indépendance de leur union, la maîtrise de leurs enfants et de leurs intérêts, qu'après la mort des *patres*. Mais alors, dans le cours ordinaire des choses, ils avaient souvent vu marier eux-mêmes leurs propres fils qui retombaient sous leur puissance. Et voici toujours une chaîne ininterrompue de mariages qui restaient jusqu'à l'âge mûr (et au-delà) des ménages subordonnés à une *patria potestas*. C'était à Rome l'état normal des justes noces.

Les mœurs n'y répugnaient pas sans doute, et empêchaient la plupart des abus de puissance qu'un tel système juridique rendait possibles et que notre imagination moderne peut concevoir. C'était peut-être, comme on l'a dit, l'âge d'or des affections et de la discipline. L'harmonie était presque toujours parfaite entre ces ménages d'ascendants et de descendants, vivant ainsi en commun dans la même demeure ou sur le même domaine. Et puis il restait toujours l'action possible, quoique assez mal déterminée, de la censure. — Mais la loi était là pourtant avec sa rigueur, avec la tentation perpétuelle et si humaine d'user de son droit rien que pour le faire sentir, et dès lors est-il croyable qu'à travers tant de générations qui ont vécu sous ce régime jusque vers les époques déréglées de la République et de l'Empire, il n'y ait pas eu nombre d'unions victimes en leur intimité, soit par dureté, faux jugement, simples malentendus ou caprices mêmes, d'une conception si étrange et si dépendante des mariages?

III

Voyons maintenant *du côté de la femme* quelles furent aussi les conséquences logiques du principe dominant de la *patria potestas,* qui impliquait dans la cité des groupes distincts rangés sous chaque *paterfamilias.*

Il conduisit les Romains à établir deux systèmes de *justæ nuptiæ,* les mariages *cum manu* ou *sine manu :* ou la *manus,* pour faire passer l'épouse en puissance dans la *domus* du mari : ou *sine manu,* pour la maintenir dans son groupe familial d'origine, le plus souvent sous la puissance de son père ou de son aïeul.

Vous savez ce qu'on admet le plus ordinairement sur l'ordre historique de ces deux régimes. Je suis tout disposé à y souscrire, et j'en noterai chemin faisant quelques raisons. C'est d'abord la *manus* qui semble avoir été surtout en usage, peut-être même seule connue à l'origine. Je le croirais d'autant plus volontiers qu'elle nous apparaît bien moins éloignée des données naturelles de l'union conjugale. Puis le mariage sans *manus* se sera développé par réaction contre certains effets trop excessifs de la *manus,* jusqu'à la faire tomber en désuétude, mais en renfermant à son tour des vices non moins graves qui devaient plus tard s'étaler tristement.

Toujours est-il que ces deux systèmes d'union conjugale ont coexisté pendant plusieurs siècles, jusqu'aux premiers temps de l'Empire. Et c'est pour nous, modernes, une étrange singularité du droit romain d'avoir offert ainsi le choix entre deux systèmes tout à fait distincts de mariage, rien que pour les seuls *cives romani.* J'ajoute qu'aucun des deux régimes n'était vraiment bon et digne d'être conservé aux siècles à venir. Mais il faut se bien rendre compte de leurs raisons d'être comme de leurs vices, en les analysant l'un après l'autre.

Avec les familles ou *domus* romaines, si fortement groupées et disciplinées sous chaque *patria potestas*, on ne pouvait être à la fois de deux familles ou, autrement dit, de deux groupes distincts organisés sous la direction souveraine de deux chefs.

Il fallait donc que l'épouse fût rangée exclusivement dans l'un ou l'autre de ces deux groupes, famille originaire ou famille maritale.

L'antique mariage des Romains avait pour principe de faire entrer la femme dans la famille du mari, et de l'y soumettre à une puissance qui conservait alors le nom de *manus*. — Mais je me garderai bien de dire qu'il la plaçait sous puissance maritale. Car ce n'est pas là une vraie puissance de mari, au sens français des termes, mais une application spéciale de la *patria potestas;* si bien que le plus souvent elle appartenait tout d'abord au *pater* du mari et ne lui revenait à lui-même que lorsqu'il passait chef de famille et pouvait avoir en même temps la *potestas* sur ses enfants. C'était une *patria potestas,* même sur l'épouse. Aussi la disait-on *loco filiæ*. C'est encore une nouvelle singularité juridique que de nous présenter la femme posée en fille de son mari et sœur de ses propres enfants. N'est-ce pas toujours de la construction factice où le droit jure avec les réalités naturelles! Mais c'est tout ce qu'on avait pu trouver sans doute pour expliquer et pour organiser cette entrée de l'épouse dans le groupe familial du mari au rang des *alieni juris*. Les mœurs avaient à lui rendre son rôle naturel d'épouse et de mère au foyer domestique.

D'apparence si étrange, ce régime de la *manus* était bien pourtant des deux systèmes romains, celui qui répondait le mieux aux données essentielles du mariage. Seul, en effet, quoiqu'à la condition de briser pour l'épouse tout le lien paternel, il visait du moins à la fixer tout entière là où son existence doit se poursuivre, du côté de son mari et de ses enfants. — *De ses enfants* surtout, dont elle devenait ainsi l'agnate. Car, n'est-ce pas à nos yeux une donnée ca-

pitale que mère et enfants soient regardés comme d'une même famille et d'un même *domus*, avec tous les liens réciproques de parenté et de succession. — Et même *envers le mari!* sujétion pour sujétion, n'est-il pas plus naturel que la femme soit subordonnée du côté de son mari (autant que possible à son mari même) plutôt que de lui être disputée et soustraite par une sujétion civile envers son père?

La *manus* était donc le système qui s'écartait le moins, dans l'union des personnes, d'une vraie communauté d'existence et d'enfants entre les deux époux. C'était bien aussi celui qui tendait le plus à unir leurs biens et leurs intérêts, jusqu'à les confondre. Par la *manus* tout l'apport de la femme se trouvait absorbé dans l'unique patrimoine du groupe marital, comme y entrait tout ce qu'elle pouvait ensuite acquérir. L'idée de collaboration s'imposait par là-même, sans qu'il me paraisse possible d'aller jusqu'à voir là une communauté juridique, puisque la femme n'avait aucun droit précis d'association ni d'indivision. Mais du moins, toute cette masse de biens, commune en fait, devenait un jour le patrimoine du mari passé chef à son tour. L'épouse, après avoir contribué à le former, pouvait se voir appelée à y prendre part, à titre d'*heres sua,* par la loi même ou le testament de son mari.

Ainsi la *manus* était bien, dans l'organisation primitive des familles romaines, la conception la plus naturelle comme régime du mariage. C'est pour moi une grande raison de penser que tel aura été au début l'unique mariage des *cives Romani.* Mais en voici une autre pour appuyer cette conjecture. C'est que le mariage *cum manu* nous apparaît, en droit Romain, le seul qui ait connu des formes solennelles, juridiquement exigées, *confarreatio* ou *coemptio.* Est-il vraisemblable que les Romains aient admis primitivement d'autres *justæ nuptiæ* sans forme aucune, quand ils avaient si soigneusement réglé tous les actes concernant l'état des personnes dans la famille, *adoptiones* ou *emanci-*

patio? Cicéron nous a rapporté d'ailleurs que longtemps le terme de *materfamilias* n'avait dû s'appliquer qu'à l'épouse *in manu;* c'est encore un argument qui vient à l'appui.

Mais cette *manus* antique, quelle conception juridique excessive, même en un parfait état des mœurs! Et il faut bien que nous creusions aussi un peu de ce côté pour mieux comprendre qu'on l'ait abandonnée.

C'était un premier inconvénient de voir ainsi l'épouse sortir de sa propre famille. Il est vrai qu'elle restait *cognate* et gardait l'affection naturelle des siens pour elle et pour ses enfants. Elle n'en perdait pas moins avec son *agnatio*, pour elle comme pour eux, tous les attributs civils de parenté et de succession, même vis-à-vis de son propre père et de ses plus proches. Et si c'est là du droit logiquement construit, c'est toujours à nos yeux du droit contre nature.

Mais le plus grave (comme étude intime du mariage même), n'est-ce pas cette dépendance excessive de l'épouse, allant bien au delà de notre subordination moderne, à raison des données de la *patria potestas?* — D'abord ce n'est pas à son mari qu'elle est directement soumise, mais au *paterfamilias* de son mari. Elle rentre pour lui dans ses *neptes ex filio;* il a sur elle les mêmes pouvoirs que sur toute fille issue de son sang ou de son adoption dans sa *domus*. Je veux bien qu'il l'ait prise et choisie comme il l'eût fait d'une petite fille adoptive. Mais, à notre point de vue moderne, quelle perspective pour une femme d'être ainsi longtemps soumise au pouvoir absolu d'un beau-père avant d'être ensuite soumise, de même manière encore, mais du moins à son mari!

Ne craignons pas de comparer toujours avec notre mariage moderne pour mieux nous rendre compte de cette étrange et antique institution. A côté de notre compagne française, déjà pourtant si subordonnée au mari, que pouvait-il

rester de droits et de personnalité libre à l'épouse *in manu?*

Quant aux biens! Mais des biens à elle, il ne lui est pas possible d'en conserver, même pour la nue propriété. Tout ce qu'elle apporte, tout ce qu'elle acquiert, est en la pleine propriété et l'absolue disposition du chef de famille. Il s'en fallait bien qu'elle fût seulement soumise à notre sujétion d'autorisation maritale qui, du moins, implique pour notre femme française un patrimoine propre! Et pour le testament, qu'elle peut faire librement aujourd'hui en mariage, comment la femme *in manu* aurait-elle pu tester, même en faveur de ses enfants?

Des droits comme mère! elle n'en a pas qui lui soit propre, ni durant le mariage, ni même devenue veuve, puisqu'elle n'est pour ses enfants que leur agnate, *loco sororis*, et qu'il ne saurait être question pour elle d'avoir ni la *potestas*, ni la tutelle. Les Romains, dans leurs constructions juridiques et jusqu'au Bas-Empire, n'ont jamais dégagé la notion d'un droit de la mère sur ses enfants quant à leur éducation, tutelle, ou mariage. Donc rien qui ressemble à notre principe d'autorité commune entre les père et mère, sous la seule prérogative directrice du mari.

Et *vis-à-vis de son mari même!* quels pouvaient bien être ses droits, si elle n'était pas traitée par lui en vraie compagne. Elle n'avait d'autre recours que la faculté de se plaindre au chef de famille, tant qu'il n'était pas le mari lui-même. Sujette à la *potestas* pour ses manquements ou son infidélité, elle n'avait aucune voie de droit possible contre l'adultère ou les mauvais traitements du mari. Non pas même le divorce, puisqu'il nous semble bien difficile de concevoir l'épouse *in manu* pouvant, plus que tous autres *alieni juris*, se libérer de la *potestas*. Par contre, elle était exposée à la répudiation venant briser, avec la *manus* même, tous ses liens nouveaux dans cette famille maritale, dont on pouvait l'exclure. N'était-ce pas dans les données mêmes de la *potestas* absolue qui s'exerce sur elle? Et j'ai déjà rappelé que le chef, père ou aïeul de son mari,

pouvait la répudier et l'exclure, même contre le gré des deux époux.

Enfin, même après un mariage d'union parfaite, l'épouse était encore soumise au pouvoir arbitraire du *pater* ou du mari s'exerçant dans l'acte suprême du testament. Sans doute, il en usait le plus souvent pour mieux assurer son veuvage ; il lui faisait en propriété ou en jouissance une belle part dépassant ses droits d'*heres sua,* qui, même en ce patrimoine marital augmenté par elle, n'auraient atteint qu'une portion d'enfant. Mais c'était toujours le testament ; c'est-à-dire l'acte tout personnel et arbitraire du mari ne relevant que de sa conscience et pouvant même exhéréder sa veuve, bien loin de lui devoir une moitié légale de communauté. Tant il est vrai que tout, dans ce système, n'est qu'une sujétion juridique absolue, dont rien dans notre tradition française n'a jamais présenté d'exemple, pour la femme comme pour les enfants.

Certes il faut tenir compte toujours, quand on expose et qu'on veut apprécier tout ce droit, du jeu des sentiments naturels d'affection paternelle ou conjugale, de l'état des mœurs, du contrôle de l'opinion, par-dessus tout de la haute notion du devoir familière à ces rudes *patres familias*, qui étaient disciplinés tour à tour dans l'obéissance domestique avant de gouverner leur *domus*. J'irai d'autant moins à l'encontre que j'aurai à vous redire et vous montrer sans cesse que, dans cette sphère de la famille, les mœurs et la conscience ont bien plus de prise encore que le droit. Mais il est des limites que le droit peut raisonnablement tracer et imposer. Il faut vraiment toute l'imagination d'Ihering pour trouver ce système du droit romain un état admirable, et répéter si volontiers « qu'il n'y avait là qu'une rude écorce enveloppant des fruits pleins de douceur ». Il ne suffit pas d'affirmer qu'au fonds la *patria potestas* et la *manus* ne constituaient qu'une grande magistrature domestique, pour nous convaincre de l'excellence d'un tel régime. Cette puissance domestique n'était autre

chose que pouvoir absolu et absolue propriété dans la *domus*. Or l'absolutisme, avec sa compression à outrance, est partout et toujours à redouter pour ses excès, même dans la constitution de la famille, d'autant qu'un tyran domestique, plus rapproché de ceux sur qui pèsera sa domination continuelle, peut davantage abuser de son pouvoir au gré de ses passions ou de ses erreurs.

Tout ce qu'on peut dire, pour mieux s'expliquer dans la Rome primitive ce système si rude, appliqué jusqu'envers l'épouse *in manu*, c'est que sa condition juridique n'était pas en cela si différente de celle qu'elle aurait gardée comme *filia familias* dans la famille paternelle. Ce n'est qu'une semblable dépendance, se poursuivant sous une autre forme dans la maison conjugale, pour une plus longue durée sans doute, mais également tempérée par des affections nouvelles. — Quoi qu'il en soit, c'était là une organisation du droit faite contre nature. Et si les traditions primitives de l'humanité semblent avoir voulu les femmes assujetties, bien plus qu'en nos civilisations modernes de l'Europe, il faut reconnaître que les Romains avaient donné à cette antique coutume l'empreinte de leur dur génie en soumettant la femme, épouse et mère, au joug entier de leur *patria potestas*.

QUATRIÈME COURS

Le Mariage sans manus jusqu'aux temps d'Auguste.

Le mariage *sine manu*, c'est la réaction, mais bien excessive à son tour, contre les données si exagérées de la *manus;* et toujours à raison du système familial fondé sur la *patria potestas*.

Je vous ai rappelé comment la femme, devant émigrer par la *manus* dans la famille maritale, s'y trouvait absorbée, comprimée en *droit* dans une extrême dépendance, et non pas même directement envers son mari. Il ne put manquer de se produire dans les faits de regrettables conséquences. Des inquiétudes durent surgir de bonne heure sur le sort des femmes ainsi abandonnées à un autre groupe, ou pouvant être trop durement traitées par un autre *paterfamilias*. Les yeux s'ouvrirent à ces inconvénients qu'aggravait la construction de plus en plus systématique de cette *postestas*. Il advint que, du côté de la femme, on s'ingénia à la préserver contre cette absorption et ces abus de pouvoir dans la famille du mari. Là fut sans doute la raison d'être et l'origine de la combinaison *sine manu*. Le texte des XII Tables, qui prévoit le moyen d'interrompre l'*usus* pour éviter la *manus* même, semble bien prouver qu'on connaissait déjà alors cette pratique nouvelle et si opposée des *justæ nuptiæ*.

J'ai dit que c'est la *famille de la femme* qui chercha à prévenir l'antique *manus*. Il semble assez évident que ce ne fut pas celle du mari. Mais j'ai voulu marquer par là

que ce ne furent sans doute pas les femmes qui en eurent la première idée, d'elles-mêmes et pour elles-mêmes. Tout n'y devait pas être à leur avantage ni à leur gré, puisqu'elles devaient ainsi se rendre bien plus étrangères à leurs maris et à leurs enfants. Je ne saurais donc accepter l'idée que ce mariage *sine manu* fut d'abord quelque invention des femmes *sui juris*. Aucun texte ne le donne à entendre. D'ailleurs les femmes, à Rome, se mariaient en général toutes jeunes, souvent entre 12 et 15 ans, ce que l'histoire atteste et qui convient en outre avec le climat d'Italie. Comment croire qu'il leur soit venu à l'idée d'imaginer les premières la combinaison *sine manu*, pour la faire accepter si largement dans leurs familles et même par leurs *patres?* — Bien au contraire, c'est quand ce système d'union fut entré dans la pratique et qu'aussi les divorces vinrent à se multiplier, c'est alors que les femmes elles-mêmes, comme femmes *sui juris*, furent entraînées à préférer les *nuptiæ sine manu* pour en faire le mariage indépendant et relâché des temps classiques.

Primitivement ce furent les *patres* surtout qui, par prévoyance paternelle et peut-être parfois par égoïsme, visèrent à éviter la *manus* pour garder leurs filles sous leur *potestas* et leur protection. Si, plus rarement, la jeune fille était *sui juris*, elle était d'ailleurs en tutelle et sous la tutelle encore rigoureuse des agnats. Ce sont eux encore qui songèrent à prévenir la *manus*, pour le bien de leur pupille sans doute, mais aussi pour conserver leur tutelle et leurs droits éventuels dans l'intérêt de leur groupe familial. La règle c'était le *paterfamilias* mariant sa fille; c'est en outre de sa part qu'on peut imaginer les meilleures raisons pour écarter la *manus*, et les plus dignes, sans altérer la moralité de cette union nouvelle et singulière qu'il couvrait de son autorité. C'est donc dans cette hypothèse qu'il faut d'abord se placer pour comprendre, sous la République, les premiers siècles du mariage *sine manu*.

I

L'idée en est toute simple comme arrangement des deux familles; et la voici. Juridiquement ce n'est plus le père abdiquant sa *potestas* pour abandonner sa fille *in manum*. C'est le père confiant sa fille au mari, mais seulement comme à titre précaire, et gardant sur elle tous ses droits de chef de famille avec tous les liens de son groupe, qui vont faire obstacle à tous autres liens. On a pu dire en cherchant des analogies forcées : Le père ne fait plus *datio* de sa fille; il ne fait alors que la prêter. En vérité je trouverais inexact et un peu choquant de faire intervenir ici tout le cadre des opérations et des expressions juridiques qui ne sauraient convenir qu'aux biens matériels du patrimoine. Non, le *paterfamilias* romain ne prêtait pas sa fille, et il entendait bien faire une union durable, mais sans se dessaisir de sa *potestas,* pour lui conserver surtout son contrôle et sa protection. Le système général des groupes de famille, dominés par leurs *paterfamilias,* avait dû conduire à l'imaginer ainsi, en faisant de cette réserve de la *potestas* la condition de quelques mariages. Cette condition fut tolérée et se répandit dans l'usage.—Supposons-la maintenant passée en coutume, qui va tendre à devenir de plus en plus pratiquée. Et voyons à analyser tout l'ensemble des conséquences issues de cette singulière combinaison.

Le père gardant sa fille en sa puissance, c'était bien l'épouse échappant ainsi à toute dépendance absolue vis-à-vis du chef marital. C'était aussi la femme conservant toute son agnation originaire et, par elle, ses droits d'hérédité vis-à-vis des siens. Voilà les bons côtés de la combinaison, puisque ce sont ceux mêmes qui l'ont fait inventer. — Mais il faut voir aussi la contre-partie. Tout de suite il éclate aux yeux, qu'en droit c'est l'épouse dépendant de son père et non de son mari, si bien qu'il était loisible au père d'intervenir entre eux sans cesse, armé de sa *potestas*,

et que sans conteste il pouvait reprendre sa fille quand il le jugeait bon, brisant ainsi de son autorité l'union précaire qu'il avait formée.

L'épouse ainsi maintenue dans son groupe familial, qu'était-elle donc en droit vis-à-vis de son mari et de ses enfants, ce qui nous paraît, à nous, les deux points de vue essentiels d'un vrai mariage. — *Pour ses enfants!* En pur droit civil, il semble qu'elle ne compte pas. Elle a été accordée au mari pourtant : *liberorum quærendorum causâ;* et elle est bien leur mère, en vertu même d'une union légitime. Mais comme mère, nul lien juridique avec les enfants. Elle n'a sur eux aucune autorité légale; elle ne leur est pas liée de parenté civile; il n'y a pas d'hérédité réciproque. Tout ce qui lui aurait été possible, c'est un testament pour ses enfants, si elle devient *sui juris*. Encore lui eut-il fallu l'autorisation de son tuteur. Et même tester pour ses enfants, si eux-mêmes sont encore *in potestate*, n'est-ce pas plutôt tester pour leur *paterfamilias?* — *Quant à son mari!* Sans doute elle lui avait été confiée en vue du *consortium omnis vitæ*, pour être sa compagne. Et nul doute qu'à Rome, comme partout, elle ne vouât d'ordinaire le plus fort de ses affections à son mari, au père de ses enfants. Mais que faisait-on, en droit, de ces données si simples, et où était, entre elle et lui, l'association disciplinée voulue par la nature et par la saine raison? Nous n'en voyons pas d'indices. En effet, comment aurait-on bien conçu une subordination légale de la femme au mari, quand elle restait avant tout soumise à la *potestas* de son propre père? Comment aussi une véritable association conjugale de vie commune et d'intérêts, quand l'épouse devait être juridiquement maintenue dans un groupe distinct, et ne pouvait pas même acquérir avec son mari ou pour lui, mais pour son *paterfamilias*, à elle.

Voyez-vous bien comme à tous ces effets, pourtant si désirables, faisait obstacle ce système de la *potestas*, gardée par le père sur sa fille. Or *filias familias*, c'était la condi-

tion la plus ordinaire de l'épouse pour l'entrée en mariage. Construites sur cette donnée, ces *justæ nuptiæ sine manu* ne devaient pas se transformer en association conjugale quand la femme venait à perdre son père. Affranchie de sa *potestas* et devenue *sui juris*, ce sera pour elle l'indépendance de toute autorité domestique et des deux côtés. Ou du moins, ce fut encore et pour des siècles une dépendance seconde, mais toujours envers sa famille et à l'écart de son mari, tant que subsista une tutelle solide des agnats. Puis quand cette tutelle faiblira et tombera sous l'action de mœurs nouvelles, sous la pression des femmes elles-mêmes, alors elles auront bien atteint l'indépendance absolue sans une organisation du mariage qui les associe et les attache. Et nous aurons à rappeler bientôt tout le débordement qui s'ensuivra.

Restons de préférence et pour l'instant dans l'hypothèse première et plus fréquente des *justæ nuptiæ* formées par la volonté d'un père et dominées par lui. C'est lui qui en face du mari reste le chef absolu de sa fille. N'est-ce pas là une situation étrange et fâcheuse? J'admets sans doute que le père, guidé par le sentiment de sa responsabilité morale ainsi que par son amour paternel, avait pour principal souci de bien marier sa fille, et surtout de ne pas abuser de la *potestas* pour s'interposer sans cesse entre elle et le mari. Je conçois bien que ce que les pères avaient voulu surtout, c'était garder leur magistrature domestique et leurs moyens d'intervention protectrice, plutôt que conserver leurs filles comme instrument d'acquisition. Vous le comprendrez mieux encore en observant que cette *potestas*, qu'ils auraient abandonnée, aurait appartenu souvent tout d'abord au père du mari plutôt qu'au mari même; et qu'un vrai père pouvait ainsi préférer de garder par devers lui toute l'autorité domestique, sauf à s'entendre directement sur son exercice avec un gendre. Mais toujours est-il que c'est bien lui qui avait alors cette *potestas* avec

ses tentations d'absolutisme. Le mari ne semblait même avoir d'autorité que par le père. Et que pouvait-il arriver en cas de dissentiment du père avec son gendre, ou même d'une querelle ouverte entre les *patres* des deux époux? Où donc était la solidité du mariage, même entre époux les plus unis, si l'on peut les imaginer, fussent Rodrigue et Chimène, mariés déjà avant la dispute des pères, mais de pères qui garderaient le droit, l'un de reprendre sa fille, l'autre de répudier sa bru? Je suis bien loin d'avoir toute l'antiquité présente pour offrir des exemples. Mais ne croyez-vous pas qu'au temps des grandes discordes civiles, il put se voir ainsi mainte union brisée, même par de graves sénateurs romains sortant de quelques ardents débats? Rien de pareil au moins n'est plus possible de nos jours.

Voilà pourtant le mariage *sine manu* en son état primitif et gouverné surtout par les *patresfamilias*. Si nous en poursuivons l'analyse critique et l'histoire, nous voyons encore que cet expédient, tourné contre la *manus* antique, paraît s'être glissé peu à peu dans la société romaine *sans organisation précise quant à sa formation et sa dissolution*. Il n'a vraiment impliqué qu'un seul élément de construction juridique : *la dot*, pivot de ce régime, à quoi s'est adjointe ensuite *la prohibition des dons entre époux*. Je ne viens d'indiquer tous ces points que pour les reprendre maintenant un à un.

D'abord, comme *formation* de ces *justæ nuptiæ*, rien de nettement organisé; car où trouver des formes équivalant à la *confarreatio* ou à la *coemptio* pour la *manus?*

Le père pouvait d'avance, avec son futur gendre ou avec le père de celui-ci, conclure des fiançailles ou *sponsalia*. C'était assez l'usage; et cette *sponsio*, c'était un acte en forme juridique, mais seulement pour les fiançailles dont l'usage, resté traditionnel, a bien pu venir de là.

Mais pour le mariage même! un jour donné, par simple

accord exprès ou tacite, la femme est remise au mari ou *deducta in domum mariti*. On y joignait bien dans l'usage quelques cérémonies religieuses et fêtes de famille. Nous avons à cet égard des renseignements dans les auteurs latins, quoique à peu près rien dans les textes juridiques. Mais, en droit, rien d'autre qu'un semblant de tradition de fait, qui (dans une législation aussi nette pourtant que celle de Rome), n'a jamais pu être juridiquement bien définie. Tout ce qu'exigeait la coutume, c'était l'accord des parties; et peut-être à l'origine seulement l'accord bien manifesté des deux chefs de famille. Ce n'est qu'avec le temps qu'on dut poser en principe la nécessité d'un consentement avéré des deux époux, pour arriver à formuler la règle classique écrite au texte de Paul : « *Nuptiæ consistere non possunt nisi consentiant omnes*, *id est*, *qui coeunt quorumque in potestate sunt* ».

Donc pas de forme solennelle de cet accord, pas de publicité nécessaire, nul procédé de preuve; rien qui sente l'intervention et la précaution du pouvoir public. Il n'y a qu'un arrangement des familles sur lequel la cité semble fermer les yeux, et où l'état de mariage va reposer tout entier sur une volonté première et persistante de mener vie commune, sans forme de droit pour sa naissance, comme sans lien de droit pour sa durée. Lorsqu'on se rappelle tant d'autres actes romains concernant l'état des personnes et qui de tout temps ont exigé des formes; si l'on songe qu'un mariage a dû paraître de tout temps un acte aussi important dans la cité que l'émancipation ou l'adoption des fils de famille, n'est-on pas fondé à croire que ces *nuptiæ sine manu* n'ont pu être l'institution primitive des Romains, mais un expédient introduit après coup, comme en sourdine, entre pères de famille s'avisant, pour ne rien changer à leur *potestas,* de confier précairement la jeune fille au mari, sous leur double contrôle.

Ce qui va bien nous le montrer encore, c'est l'absence de tout règlement sur les divorces, qui va être un nouveau

trait caractéristique de cet étrange mariage encadré dans la *potestas*, et qui deviendra plus tard la honte de ces *nuptiæ sine manu*.

J'arrive donc à cette *dissolution par le divorce*. Une tradition, qui courait sous l'Empire, rapportait que le divorce, sans avoir jamais été prohibé par les lois, n'avait guère eu d'exemple avant Sp. Carvilius Ruga du VIe siècle de Rome. Encore n'aurait-il divorcé d'avec sa femme stérile que bien à contre-cœur, pour tenir son serment de s'être marié *liberorum quærendorum causa*. Ce beau récit ressemble trop à ces légendes d'un âge d'or, bon à rêver et à rappeler dans les âges de fer. On a cité des textes latins permettant quelques doutes. La vraisemblance suffirait seule à les autoriser. Quelles qu'aient pu être les vieilles mœurs romaines et la discipline des *patresfamilias*, est-il croyable, là où manquaient une défense formelle et une croyance contraire, que le divorce soit resté hors d'usage dans un si grand nombre de générations qui n'ont pu être exemptes de vices ou de faiblesses. Quoi qu'il en soit, du jour où les Romains des derniers temps de la République n'hésitèrent plus à s'en servir, ils ont bien su retrouver les siècles perdus.

Déjà avec la *manus* on avait dû connaître le divorce mutuel et la faculté de répudiation pour le mari. Nous l'avons dit. — Mais, avec le mariage sans *manus*, vint s'introduire la faculté réciproque et aussi large que possible du *repudium*. Il est clair qu'il n'amenait avec lui aucune raison de la restreindre du côté du mari. Mais la femme n'étant plus *in manu*, son père devait garder en vertu de sa *potestas* le droit de la reprendre par devers lui, comme elle dut pouvoir aussi rompre pour son compte quand elle devenait *sui juris*. Rompre et se quitter devint donc théoriquement aussi facile que dans un concubinage de nos jours. En droit même, le mariage romain semblait encore exposé à plus de causes de rupture. Et pourquoi? parce

qu'il devint de règle que chacune des volontés, qui avaient dû concourir à former l'état de mariage, pouvait le faire cesser par volonté contraire; donc non seulement celle des *patresfamilias* en vertu de leur *potestas*, mais encore celle de chacun des époux à mesure que leur consentement dans l'état de mariage apparaissait plus indispensable. La rupture imposée par le père ne trouvera d'obstacle légal que bien plus tard. Et les époux n'en connaîtront pour eux-mêmes qu'au Bas-Empire.

L'histoire et le Digeste nous diront assez qu'on ne se fit pas faute d'abuser du divorce au dernier siècle de la République comme sous l'Empire. Je compte bien revenir avec les textes mêmes sur le tableau des mœurs et des faits. Mais voyons d'abord le système du droit.

Vous savez que le divorce pouvait se produire de deux manières : par consentement mutuel ou par répudiation. Pour *le divorce mutuel* on ne voit pas que, jusqu'à Justinien, il ait rencontré quelque objection légale. Aux Romains, cette liberté mutuelle, qu'il nous paraît si grave d'admettre comme principe, semble avoir toujours paru comme une donnée naturelle et logique de l'état de mariage. Eh! ne l'ont-ils pas fait reposer uniquement sur la volonté constante de vivre en commun, sans avoir l'idée d'un lien d'ordre religieux ou d'ordre public qui domine les volontés changeantes. Aussi chez eux, ni conditions, ni formalités, ni temps d'épreuves comme en notre Code de 1804. Du jour au lendemain le mariage pouvait ainsi se rompre, comme il pouvait ensuite et non moins promptement se renouer, sans aucune limitation légale du nombre de ces divorces et de ces reprises. Nous avons des textes, au Digeste même, qui prouvent que ces revirements n'étaient pas rares. Et tout l'embarras des jurisconsultes était parfois de discerner s'il y avait eu vraiment divorce, puis remariage, ou seulement quelque simulation de divorce, ce qui n'était pas inconnu pour déguiser des combinaisons d'intérêt et frustrer des créanciers, ou d'autres encore.

Mais encore fallait-il l'accord des volontés dans ce divorce? Il y avait mieux, *la répudiation voulue et imposée par un seul.* Elle n'était pas, aux temps que nous parcourons, la répudiation fondée sur des motifs déterminés par la loi. Nul besoin même d'alléguer un motif, si ce n'est au point de vue des règlements de dot. Le *repudium* pouvait se produire à discrétion, pour cause sérieuse ou minime, par irritation ou indifférence, par fantaisie même ou simple désir de changement. Les jurisconsultes se bornent à nous dire que si le *repudium,* lancé dans un moment de colère, venait à être promptement regretté et retiré, il était possible de le tenir pour non avenu, pour paroles en l'air, bref qu'il fallait se garder de prendre toujours un *jurgium* ou un *fribusculum* pour une répudiation.

A défaut de règles sur le fond, n'existait-il pas au moins quelque exigence de formes? Pas davantage. La répudiation ne fut pendant des siècles qu'une simple déclaration de volonté, dont Plaute nous a transmis la formule brutalement comique, « *Vade foras* », et dont le Digeste dans un texte de Gaius rappelle encore les termes usités. « *Tuas res tibi habeto, tuas res tibi agito* ». Il n'était pas toujours aisé de se le dire en face; peut-être, entre gens comme il faut, n'était-ce pas réputé de bon goût? On employait alors le ministère d'un affranchi chargé de porter ce disgracieux message de *repudium.* Et jusqu'à Auguste, il ne fut pas nécessaire d'y faire intervenir des témoins instrumentaires. La preuve pouvait se faire par tous moyens. Mais ce qui est plus étonnant encore, c'est qu'on a pu se demander, aux temps de la République, si le seul fait de prendre notoirement un nouveau conjoint, sans avoir formellement répudié le premier, ne valait pas à lui seul répudiation tacite à l'encontre de l'époux délaissé. Cicéron semble le dire pour son époque. Et ce sera l'une des fantaisies de Messaline, mais la dernière, d'épouser ainsi en face de Claude et en pleine Rome son dernier amant, le beau Silius.

Il va de soi que la répudiation n'empêchait pas plus que le divorce mutuel, de se réconcilier et de se reprendre. Aussi plus on considère ces singulières coutumes de divorce à partir du mariage *sine manu*, plus on arrive à se convaincre qu'à mesure qu'il se propageait pour remplacer la *conventio in manum,* il n'allait plus devenir, sous le nom brillant de *justæ nuptiæ*, qu'un système d'union libre légalement consacrée. Non pas sans doute l'union libre avec ce mauvais renom que nous lui connaissons aujourd'hui, où elle est à la fois méconnue par le droit et blâmée par les mœurs. C'était bien là une vraie union proclamée et fêtée comme matrimoniale, acceptée partout comme légitime et digne, et qui ne laissait pas d'être accompagnée d'une vraie dot; mais où manquait seulement, dans la loi, le lien qui vous enchaîne ou le frein qui vous retienne contre la mobilité des sentiments et les défaillances de la raison ou de la conscience. Oui l'union libre, ou comme on a pu dire « la seule union des âmes », mais où rien ne témoignait d'un souci légal du sort des enfants, voilà le système des époques brillantes mais corrompues, qui ont suivi les grandes conquêtes. Et c'est bien en ce vrai sens d'union libre qu'Alexandre Sévère rappellera la primitive donnée du mariage *sine manu* lorsqu'en présence d'une réaction qui commençait à s'accentuer au IIIe siècle contre les abus du divorce, il viendra redire : « *Libera esse matrimonia antiquitus placuit*, *ideoque pacta* « *ne liceret divertere* » *non valere*..... » (L. 2, C. VIII, 39).

Mais n'y avait-il pas au moins des peines légales établies contre ceux qui abusaient du divorce et surtout de la répudiation. Des peines d'intérêt public! et pourquoi donc, puisque les divorces étaient de pleine faculté légale? Aussi n'en voyons-nous nulle trace sous la République et jusqu'au Bas-Empire. C'est tout au plus si le *repudium* abusif, ou les fautes de l'autre conjoint donnant lieu à un *repudium* justifié, pouvaient trouver quelques sanctions pécuniaires dans les règles de la restitution de la dot, en

ouvrant ces singulières contestations *de moribus* qui devaient aboutir : contre le mari, à une restitution sans délai; contre la femme, à des retenues d'un sixième ou d'un huitième (1). Rien que ces pauvres règlements de compte, comme barrières légales, c'est là un nouveau trait du droit classique de l'antiquité païenne dans cette grave matière du mariage.

Dès lors, on n'a plus de peine à comprendre ce que l'histoire nous rapporte de l'étonnante multiplicité des divorces romains, dès la fin de la République. La *laudatio Turiæ* nous en témoigne : « *Rara sunt tam diuturna matrimonia, finita morte, non divortio interrupta* ». On sait d'ailleurs combien les plus grands d'entre les Romains se sont peu fait faute d'user du divorce, et pour quelles causes? Scipion l'Émilien « parce qu'il n'avait pas besoin de dire où sa chaussure le gênait »; Cicéron, parce qu'après de longues années il s'était aperçu que sa femme se conduisait en ménagère négligente ou infidèle dans ses comptes; César, pour détourner en galant homme de mauvais bruits, et parce qu'il lui importait, « que sa femme ne fût pas même soupçonnée ». Il n'y a qu'à lire ce que Plutarque, de qui nous tenons toutes ces confidences, nous rapporte de Caton d'Utique et de sa famille, pour voir jusqu'où le sentiment romain d'alors avait pu ravaler le mariage, dans ces âmes restées d'ailleurs si hautes par le sens de la grandeur romaine et leur amour de la patrie.

Au surplus j'aurai à vous prouver que le Digeste même, quoique composé sous Justinien, suffirait à nous témoigner de l'extrême fréquence des divorces et justifie par là, tout comme la *Laudatio Turiæ*, ce que semble bien impliquer l'un de ses textes : que le divorce était devenu dans la Rome du droit classique le mode le plus ordinaire et le plus naturel de dissolution pour les mariages (2).

(1) Ulpien, R. VI-12 et 13.
(2) L. 240, D. (50-16).

II

Quels effets juridiques pouvaient bien produire des *justæ nuptiæ* si faciles à former, mais encore plus faciles à dissoudre?

Si pour en mieux juger, nous partons toujours de notre point de vue moderne afin de pousser droit aux seules questions principales qui nous intéressent, nous allons discerner tout de suite que (logiquement d'ailleurs), ce mariage *sine manu* n'a été nullement conçu par le droit romain comme une association conjugale. Dans toutes ses données classiques, *il n'apparaît rien d'une communauté juridique entre époux, soit quant à leur existence même ou leurs intérêts, soit quant à leurs enfants.*

Pour leurs enfants, je l'ai déjà marqué. Mais il est vraiment inouï que les Romains aient si différemment conçu les effets de la filiation paternelle ou maternelle, jusque dans l'union conjugale.

Ce mariage *sine manu* donne bien au mari des enfants légitimes ou, pour parler plus sûrement, des *justi filii.* C'est même là son principal effet de droit, qu'il assure en confirmant la paternité par la présomption légale : « *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* ». Mais en outre il les lui donne comme destinés à son groupe familial, et devant être pour lui des enfants *in potestate et heredes sui.*

Rien de semblable pour sa compagne qui a été leur mère. Non seulement il ne saurait être question pour elle d'une *potestas* ou d'une autorité juridiquement commune, « *quia nec suos filios habet in potestate* ». Mais il n'y avait même pas à son égard de *justi liberi*, nul lien civil et légitime de parenté, comme étant restée dans une autre famille toute distincte. En droit, ses enfants n'étaient rien de plus pour elle que les fruits de toute autre liaison. Autrement dit la maternité, dans ce mariage, n'avait aucune vertu spéciale. Et si c'est là une solution toute logique d'apparence, en partant des plans primitifs de la *potestas*

et de l'*agnatio*, n'est-ce pas surtout une solution étrange comme donnée d'union conjugale, quoi qu'elle ait été acceptée en droit pour tant de siècles?

Entre époux (je l'ai déjà dit aussi d'un mot), nulle communauté juridique de l'existence n'apparaît organisée en droit; d'autant qu'au-dessus de l'idée d'union conjugale domine toujours cet autre point de vue des deux groupes de famille distincts, pour la femme et pour le mari.

Ainsi pas de communauté du nom. « *Ubi tu Gaius ego Gaia* » ne pouvait se dire que dans le mariage *cum manu*. La où manque la *manus,* la femme gardait son nom *gentilice;* et tel semble être toujours resté l'usage romain, dont le nôtre s'est si franchement écarté.

Pas davantage de communauté de condition. Il ne semble pas qu'au lendemain de la loi Canuléia, la plébéienne épousant un patricien (ou *vice versâ*) changeait sa qualité pour celle de son mari. Et les textes classiques nous laissent bien entendre que le *Civis Romanus*, s'unissant à une *peregrina* ou *latina,* ne la rendait pas immédiatement, par le mariage même, égale à lui quant à la *civitas*.

Mais du moins la femme était-elle tenue légalement d'habiter avec son mari? Il nous semble singulier aujourd'hui qu'on puisse se poser une telle question. Et pourtant nous devons bien répondre qu'à Rome et sans *manus :* légalement non! C'était logique. D'abord, tant que l'épouse était *filiafamilias*, elle dépendait de son *pater*, à qui il était loisible de la demander et de la garder par devers lui, sans qu'il fût possible de la réclamer judiciairement. — Devenue *sui juris*, elle y gagnait de n'être plus soumise à son chef domestique sans être rendue dépendante de son mari. Aucun texte, en effet, ne nous parle d'une telle obéissance due par la femme. Il en est au contraire qui marquent nettement que telle a bien été toute la tradition romaine. « *Invitam ad maritum redire nulla juris præcipit constitutio* » dit la L. 5 Code, *de repudiis*. Au mari de voir s'il croyait bon de répudier en rendant la dot, et pos-

sible de prétendre quelque *retentio propter mores*. Il n'existait aucune autre sanction au devoir alors purement moral de vie commune.

Mais que restait-il donc juridiquement du mariage comme impliquant l'union des personnes en *justæ nuptiæ?* Rien pour cette époque (1), si ce n'est peut-être un certain droit du mari en cas d'adultère comme garantie d'une obligation légale de fidélité, ce qui eût été d'autant plus logique qu'il fallait bien fortifier en droit la présomption, légale aussi, de paternité. J'ai dit : peut-être! C'est qu'en effet avant les lois d'Auguste nous ne voyons rien de bien assuré. Aulu-Gelle a rapporté ce mot prêté à Caton l'Ancien : « *In adulterio uxorem tuam si deprehendisses sine judicio impunè necares* ». Mais il est bien probable que ce droit de tuer l'épouse surprise en flagrant délit, n'était reconnu au mari que dans un mariage *cum manu*. Auguste même, au cas du mariage sans *manus,* ne le reconnaîtra qu'au *paterfamilias* sur sa fille. Il est donc bien vraisemblable qu'auparavant, le mari pouvait moins encore punir directement sa femme appartenant à une autre famille, et qu'il devait recourir au *paterfamilias* pour une mesure de sévérité ou de correction. Pour lui-même, il n'avait en droit que deux moyens principaux, le *repudium* ainsi justifié et la faculté arbitraire de repousser l'enfant sans même avoir besoin de le désavouer en justice.

Sans communauté de droit pour les enfants, sans même l'association juridique des deux existences, comment un tel mariage, révocable en outre à discrétion, aurait-il pu être conçu sur une donnée d'association légale des intérêts et des fortunes? Le pouvait-il d'ailleurs, quand la femme étant le plus souvent d'abord une *filia familias*, n'était pas capable d'avoir des biens pour elle-même, et n'acquérait en droit que pour son *pater familias?*

(1) Le droit ne semble avoir changé sur quelques points qu'à partir des Antonins, ce qui sera étudié plus tard.

Mais alors qu'avait-on bien imaginé, dans cette union précaire, pour répondre à ce besoin qui est de tous les temps, celui d'organiser entre époux le moyen de vivre et d'élever leurs enfants? Ici les Romains ont établi la *dos* ou *Res uxoria*, la dot qui a bien été en effet la vraie et presque unique construction juridique de ces *justæ nuptiæ sine manu*. C'est elle qui va nous montrer comment les Romains ont compris et traduit, logiquement mais sèchement, cette donnée naturelle qui veut le mari chef responsable du foyer domestique.

Ce terme de *dot*, que nous retrouverons sans cesse dans nos études et qui nous vient de Rome, a pris de nos jours, après des siècles d'histoire juridique et de civilisations complexes, un sens très général, répondant à une idée fort juste, mais dépassant de beaucoup les données du système romain. La dot pour nous, c'est, à travers nos divers régimes matrimoniaux, tout apport de la femme au mari pour concourir aux besoins du ménage. — Nous appellerons ainsi ce que la femme met dans la communauté soit en propriété soit en jouissance, ou ce qu'elle laissera au gouvernement du mari sous le régime exclusif de communauté, tout comme la dot constituée, distincte des paraphernaux, dans le vrai régime dotal. Ne disait-on pas jadis en pays coutumier que « tous les biens de la femme y étaient réputés dotaux »? Le maigre apport ou simple trousseau des femmes Germaines serait une *dot* à nos yeux, quoique les lois barbares, après Tacite, aient réservé alors le nom de *dos* aux biens plus considérables que le mari devait assurer à la femme qu'il épousait. — Dans notre large acception moderne la dot est donc restée *tout apport de la femme* confié au mari pour le ménage. Elle répond à cette idée que, dans tout état social, il est de coutume que l'épouse reçoive ou tienne de son côté quelque bien qu'elle remette à son mari; (ne fût-ce qu'un trousseau, comme bien des filles de nos campagnes ou des ouvrières de nos villes). Plus le milieu est riche ou aisé, plus cette dot prend d'im-

portance dans les préoccupations des familles et par suite dans celles du droit. Les Romains en étaient là, surtout au dernier siècle de la République, après les grandes conquêtes qui avaient valu à Rome tant de richesses et de luxe. Et tout allait pousser dans leurs institutions à un grand souci comme à des conceptions singulières de la dot.

C'est une question très discutée entre les Romanistes de savoir si cette institution de la dot est née seulement du mariage sans *manus*, ou si elle n'avait pas déjà pris naissance avec la *manus*, pour être ensuite imitée et développée dans les *nuptiæ sine manu*. En vérité, la question est en soi bien dénuée d'intérêt et repose à mes yeux sur une confusion. Il est tout simple que la femme *in manu* ait dû faire quelque apport à son mari. Il fallait bien même qu'elle lui transmît toute sa fortune par le jeu de la *conventio in manum* comme par celui d'une adrogation. Mais tout apport n'est pas la dot romaine et encore moins celui d'un adrogé. Les Romains n'auraient guère donné le nom de dot à l'apport d'une femme germaine et à bien des apports conçus comme de nos jours. Il ne suffit donc pas de voir des apports dans la *manus* pour y trouver la vraie origine et comme le prototype de la dot romaine. Et c'est là céder à une préoccupation bien systématique de trouver partout des dégénérescences ou survivances d'institutions antérieures, que de vouloir trouver nécessairement, dans l'union sans *manus*, quelque imitation de la *manus* qui était en tout si différente.

Non; ce qui se voit clairement, c'est que tout l'ensemble d'idées et de traits caractéristiques, qui nous sont rapportés comme les notions initiales de la dot, ne convient vraiment qu'au mariage *sine manu*. Tous s'expliquent par lui seul et ne peuvent bien s'expliquer que par lui. C'en est assez à mon sens pour conclure que la dot romaine a été vraiment une notion et construction juridique née de ce mariage. Rechercher si auparavant le terme *dos* était déjà connu dans quelque autre sens, n'est plus pour moi qu'une

de ces questions de mots ou d'érudition qui attirent l'esprit sur des points secondaires, en risquant de le détourner des observations capitales.

Il nous faut bien voir, en effet, que toutes les notions essentielles, rattachées par les Romains eux-mêmes à leur institution de la dot, se relient intimement au mariage sans *manus*. On peut, je crois, les ramener aux quatre points suivants : La dot était essentiellement constituée en vue de charges déterminées, *ad onera matrimonii* — elle était remise en pleine propriété au mari (*dominus dotis*) — elle était originairement et en principe irrecouvrable pour la femme (*dotis causa perpetua*) — elle impliquait pour elle la réserve possible, ordinaire même, de biens extra dotaux ou paraphernaux.

Reprenons-les successivement pour voir comme ils s'accordaient avec l'union *sine manu*.

1° *La dos ad onera*. Dans ce mariage, en effet, la femme n'est donnée que précairement à son mari et reste dans une famille distincte. Il faut bien pourtant qu'il l'entretienne décemment, qu'il pourvoie aux besoins du ménage, surtout aux enfants qui vont naître et qui doivent rester au mari, quoi qu'il arrive de leur union. Voilà l'idée des charges précises du mariage, auxquelles il dut paraître nécessaire de faire contribuer la femme ou sa famille dans cette combinaison *sine manu*. Et d'autant mieux que la famille de la femme, entendant la garder pour elle-même, sans qu'elle pût rien acquérir pour son mari ni pour ses enfants, devait bien plus justement encore remettre une dot *ad onera* pour la caser ainsi (*collocare*) en justes noces.

Qu'on creuse tant qu'on voudra, où trouver pareille idée d'une *dos* spéciale *ad onera* dans le mariage *cum manu*, par lequel la femme est tout entière dans la famille de son mari et ne cesse de collaborer avec lui?

2° Le mari doit être rendu *dominus dotis* (lui-même, ou plus souvent d'abord son *paterfamilias*). Rien de plus logique encore. Il ne pouvait être question comme chez

nous d'une dot remise seulement en jouissance. Comment cette dot aurait-elle pu être réservée aux enfants, pour qui surtout elle est destinée, si le mari n'en était pas devenu propriétaire, et dès lors mis en état de la leur transmettre par l'hérédité paternelle à laquelle seule ils sont appelés? Aussi devenait-il nécessaire de faire une *datio* de la dot ou une *dictio dotis* et par un acte en règle, qui ne nous est pas non plus signalé dans l'histoire avant ce mariage *sine manu.*

3° La dot était primitivement *irrecouvrable,* en ce sens qu'après dissolution du mariage l'épouse ou sa famille n'avaient rien à prétendre de la dot. Nous en sommes surpris tout d'abord. Et pourtant c'était chose toute logique, surtout avant la fréquence des divorces. Puisque le mari ou son *pater* gardent seuls en principe toute la charge des enfants, n'est-il pas juste qu'ils conservent la dot? De même au cas de prédécès de la femme. Cela ne paraît singulier que si la femme venant à survivre et à rentrer aussi de fait, dans sa famille, il n'avait été pourvu en rien à l'entretien de son veuvage. Mais outre qu'en droit les enfants ne lui incombaient pas, n'oublions pas à Rome l'application toujours présente du testament. Le mari d'ordinaire, dans les bonnes unions *sine manu,* prenait soin de régler dans son hérédité les questions pécuniaires qui pouvaient se rapporter au sort de sa veuve. Et c'est ainsi qu'il lui faisait notamment le legs de tout ou partie de sa dot, à elle qui ne pouvait être, comme l'épouse *in manu,* une *heres sua.*

4° J'ai ajouté que la dot impliquait *réserve et régime distinct de paraphernaux.* C'est d'évidence. La femme remet ce qui est débattu et convenu *ad onera.* Mais devant rester dans une famille distincte, elle gardera pour elle, si elle est déjà *sui juris,* on acquérera pour elle, si elle succède plus tard à son *paterfamilias,* tout ce qu'il n'a pas été rigoureusement nécessaire de constituer en dot. J'aurai à vous montrer plus tard qu'il était dans l'usage, à Rome,

de conserver aux femmes le plus possible de paraphernaux. Dans le système du droit romain (comme encore aujourd'hui dans notre régime dotal) la dot appelle nécessairement l'opposition logique et l'existence au moins virtuelle des paraphernaux. Mais, là encore, où trouver cette possibilité des paraphernaux dans un mariage *cum manu?* — Et dès lors, tous ces apports qui, par le jeu forcé de la *manus,* se confondaient de droit et sans exception sous la main du mari, n'ont pu être vraiment ce que Rome a connu, a construit et nous a transmis sous le nom traditionnel de dot romaine (1).

Ainsi était conçue la véritable dot primitive, — débattue et remise ordinairement par le père même, quand il mariait sa *filiafamilias* avec réserve de sa *potestas* — ou par la femme elle-même, si elle était *sui juris.*

Mais le divorce et la répudiation ont commencé de se répandre. Et tout d'abord les pères de famille durent se préoccuper des cas où leur fille leur serait renvoyée, comme de ceux où ils jugeraient bien de la reprendre eux-mêmes. Il eut été dur de la voir revenir divorcée et sans dot, puisqu'il parut bientôt fâcheux à ces mêmes Romains de ne pas retrouver la dot, fût-ce après avoir perdu leur fille : « *Solatii loco, ne et pecuniæ amissæ et filiæ damnum*

(1) Le texte de Cicéron : « *Quum mulier viro in manum convenit, omnia quæ mulieris fuerint, viri fiunt dotis nomine* », n'a pas la portée qu'on lui prête pour signifier que la *dos* serait venue originairement de la *manus.* C'est bien plutôt une réflexion d'après coup pour remarquer que les effets de la *manus,* comparés à ceux du mariage *sine manu,* donnent l'idée d'une dot générale. N'est-ce pas ainsi qu'on disait jadis : « *En pays coutumier (ou, en communauté) tous les biens de la femme sont dotaux* », ce qui ressemble si fort à la phrase même de Cicéron. — Si, d'ailleurs, on avait admis à Rome que la *manus* impliquait une vraie constitution de dot générale, comment s'expliquer la difficulté soulevée plus tard sur le point de savoir si une femme pouvait constituer tous ses biens en dot : § *115, Fr. Vat.*, et *L. 4, C., De jure dotium.* Ces textes ne sont-ils pas la meilleure preuve de mon affirmation que la vraie dot romaine a impliqué virtuellement et ordinairement des paraphernaux ?

sentiret ». Divorcée, il fallait bien d'ailleurs songer à lui ménager un nouveau mariage, même avant les exigences des lois d'Auguste. De là l'usage qui s'introduisit, d'assez bonne heure sans doute, de stipuler en certains cas la restitution de tout ou partie de la dot. C'est la *cautio rei uxoriæ* que vous trouverez amplement traitée dans vos livres de droit romain. Je n'ai besoin ici d'appeler votre attention que sur l'esprit même de tous ces usages *de restitution de la dot,* qui vont se rattacher à ce point de départ.

Le cas de divorce fut sans doute le plus ordinairement prévu tout d'abord; peut-être aussi le cas de prédécès du mari, quand il ne subsistait pas d'enfants. Les pères, pourtant, stipulèrent le retour de la dot jusque pour le prédécès de leur fille, nous venons de le voir. Et suivant le vieux principe romain de l'observation stricte des *certa verba* dans toute stipulation, les maris ou leurs *patres* durent restituer la dot d'après les termes mêmes du contrat, sans pouvoir invoquer les causes les plus légitimes de retenue, à moins de les avoir aussi prévues formellement. Réserves pour les enfants, pour les fautes commises, pour les répudiations non justifiées et leurs compensations possibles en fragments de la dot, pour les impenses faites sur la dot, etc., autant de prévisions qu'il fallait régler. Ah! comme on voudrait avoir quelqu'une de ces *cautiones* ainsi débattues entre Romains au seuil d'un mariage *sine manu!* Que d'hypothèses de ruptures et de règlements à prévoir pour cette race de juristes, si positifs et parfois si retors! Et comme, avec la prévision toujours présente des divorces, la discussion de ces clauses devait dépasser encore la discussion imaginée entre notaires, et pour nos temps modernes, par notre romancier Balzac!

Il fallut bien que la coutume ou le Préteur vinssent à s'émouvoir des omissions ou invalidations possibles, soit de la *cautio rei uxoriæ* même, soit de réserves suffisantes dans cette stipulation. De là au cours des temps, mais

déjà sous la République, les compléments que voici dans tout le système.

a) De là certains droits reconnus au mari d'élever ce que nous appellerions des demandes reconventionnelles, *propter liberos, impensas, mores graviores vel leviores*, qui s'exerçaient comme action vis-à-vis de l'action même *ex stipulatu,* mais qui formèrent des *retentiones* contre l'action *rei uxoriæ.*

b) De là surtout cette action *rei uxoriæ*, faute de la *cautio* elle-même. Il devint ainsi de droit commun que, du côté de la femme, il y aurait action en restitution de la dot (*retentiones* déduites) et tendant à reprendre *quod æquius melius*, selon la vieille expression romaine, qui laissait ici une latitude exceptionnelle au juge. Mais dans quels cas? D'abord en cas de divorce, et sans doute au début de la seule répudiation due à la faute du mari, puis bientôt au cas du prédécès du mari. Et c'est ainsi qu'un premier commencement de sanction contre l'abus du divorce apparut dans la législation romaine, dans cette action *rei uxoriæ* donnée de droit contre le mari, ou cette *retentio* tournée contre la femme.

Mais si l'action *rei uxoriæ* n'eut toujours qu'un domaine plus restreint, ne fut peut-être même donnée au père, pour le prédécès de sa fille, qu'à partir des lois d'Auguste, la *cautio rei uxoriæ* resta dans les mœurs avec son action stricte *ex stipulatu*. Les *patres* ne manquèrent pas de la conclure d'avance pour eux et leurs filles. Les femmes n'y manquaient pas davantage sans doute, quand elles se mariaient ou se remariaient *sui juris*. Et de là ce nouveau trait des mœurs romaines, attesté déjà par Plaute, que la femme dominait le mari par sa dot, eu égard à la faculté du divorce. L'épouse qui semblait, durant le mariage, sans droit aucun sur le fond même de la dot, pouvait au besoin brandir la menace du divorce et de la réclamation dotale pour mettre son mari en demeure de fléchir, ou de la voir passer à un autre. L'exigence et le goût trop vif de

la dot, mais aussi la crainte d'avoir à la restituer trop tôt, n'étaient-ce pas les justes retours d'un pareil système de mariage?

Je reviendrai sur la dot romaine aux époques ultérieures pour suivre ses modifications avec celles du mariage même. Mais voyons encore un dernier caractère, moral et juridique tout à la fois, de ces *justæ nuptiæ sine manu,* qui date aussi des derniers siècles de la République : *la prohibition des dons entre époux,* du moins celle des dons entre-vifs.

Cette prohibition a bien été aussi une des suites de ce mariage, puisqu'on n'aurait pas pu concevoir les donations entre époux dans le système de la *manus.* On sait d'ailleurs que ces donations ne furent interdites en coutume que tardivement, et ne devaient pas l'être vers l'an 550 de Rome, quand la loi Cincia les reconnaissait encore possibles entre époux. Ce fut donc une jurisprudence ou coutume nouvelle qui s'introduisit après coup, comme les textes le laissent bien entendre, et sans doute après que les divorces eurent commencé de s'abattre sur les mariages.

Vous vous rappelez quelle était au juste cette prohibition : 1° elle ne portait pas sur les dons antérieurs au mariage ou entre fiancés; 2° elle n'empêchait, durant le mariage, ni les testaments, ni les donations *mortis causa,* c'est-à-dire les libéralités surtout révocables et faites pour la survie de l'un d'eux; 3° chose curieuse, elle n'atteignait pas même les dons entre-vifs que des époux se pouvaient faire *divortii causâ*, sans doute en vue de mieux régler un divorce bien décidé et de bon accord. Toutes autres donations *inter vivos* étaient nulles. — Voilà les points certains étudiés et analysés dans vos livres, sur lesquels nous n'avons maintenant qu'à raisonner pour saisir l'esprit et l'histoire de cette prohibition.

Quels motifs les Romains ont-ils bien pu avoir d'in-

terdire ainsi les dons entre-vifs, mais eux seuls, entre mari et femme? Quoi de plus naturel pourtant que de tels dons et surtout réciproques, comme était le don mutuel, si égal et si ouvert, de nos coutumes françaises, qui semble si bien découler des sentiments les plus légitimes d'amour, de gratitude ou de prévoyance, entre les deux époux. Le Digeste nous a transmis plusieurs motifs indiqués coup sur coup dans les premiers fragments du titre de *donationibus inter virum et uxorem*. Et nous les verrons reparaître dans l'histoire même de notre droit français. Étudions-les.

Il en est qui semblent à première vue très élevés et de haute délicatesse, comme celui de n'admettre entre époux qu'un amour tout désintéressé, ou de redouter jusqu'en leurs donations les excès de leur mutuelle tendresse « *amorem honestum solis animis œstimantes* » « *ne mutuo amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes* ». Je crois bien, en effet, que ces considérations pouvaient apparaître comme raisons idéales à la philosophie des Antonins ou des Sévères pour une époque de réaction morale en faveur du mariage. Et encore aurait-il pu suffire d'une limite fixée aux donations conjugales pour y répondre sagement !

Mais si telles avaient été les raisons premières, pourquoi donc avoir toujours permis des libéralités révocables, qu'on peut aussi bien faire par excès de tendresse et qu'un époux habile peut aussi bien chercher à obtenir? N'est-ce pas même au sujet des testaments, que nous redoutons surtout, comme déjà les Romains eux-mêmes, les suggestions ou les captations? Notre ancien droit le comprendra si bien que ses coutumes les plus françaises interdiront aussi le testament comme tous les dons révocables entre époux.

Je crois donc pouvoir, sans parti-pris, beaucoup rabattre de l'importance première de ces très belles raisons, et rattacher plus sûrement les origines de la prohibition à d'autres considérations moins sentimentales et plus romaines,

que le Digeste aussi nous montre bien. La vérité, c'est que les Romains ont dû craindre, avec leur mariage si précaire, que la faculté de vrais dons irrévocables entre époux ne devînt une source trop vive de discussions, de marchandages ou d'intrigues; que l'un des époux, le plus osé ou le plus cupide, n'inquiétât l'autre avec des perspectives de divorce, s'il n'en recevait des donations entre-vifs bien assurées. Contre ce nouveau danger, menaçant leur union trop fragile, ils ont senti le besoin de couper court à tous dons entre-vifs, pour n'en permettre et conserver que de révocables. Et voilà bien les raisons positives et méfiantes qu'ils donnent aussi : *Ne discuterentur matrimonia et venalicia essent, ne concordia pretio conciliari videretur, ne melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.* Là sont les vraies raisons des temps primitifs de la prohibition, ou du moins les principales. Elles nous apparaîtront de même à travers quelques textes d'application pratique, que nous aurons plus tard à passer en revue, et qui achèveront de nous éclairer sur tout ce système matrimonial des Romains.

Remarquons bien d'ailleurs que cette prohibition n'a pu se concevoir, avec toute sa portée, que du jour où les époux se sont trouvés plus affranchis de la famille, c'est-à-dire : ou plus fréquemment *sui juris* dès leur entrée en mariage, ou devenant tels au cours de toute union par la mort du *paterfamilias*. Mais tant qu'ils étaient *filius* ou *filiafamilias*, ne pouvant rien acquérir ni garder pour eux-mêmes, il était malaisé de concevoir des donations de l'un à l'autre, ou même qu'un seul époux, devenu *sui juris*, eût souvent l'idee de donner, pour le *paterfamilias* de son conjoint.

III

Ceci m'amène enfin à une dernière et grande observation sur tout ce mariage romain. C'est que l'union sans *ma-*

nus imaginée d'abord, comme une combinaison prévoyante pour les femmes, entre *patresfamilias* et gouvernée par eux, ne pouvait manquer de devenir moralement bien pire encore quand elle devait se rencontrer ou se poursuivre en dehors des *patresfamilias*, et entre époux *sui juris*.

Jusqu'ici j'ai dû considérer surtout l'union conçue et dictée par le père, soucieux de préserver et conserver sa fille. Ce n'est qu'incidemment, au sujet du divorce et de la dot, qu'il m'a bien fallu retracer des règles ou des raisons qui conviennent en toute circonstance. Mais il importe maintenant de nous arrêter sur cette situation nouvelle des époux, de la femme surtout devenant *sui juris*. Car quand le père n'y sera plus et que la tutelle aussi s'affaiblira, le mariage *sine manu* va dérouler toutes ses conséquences.

Si les Romains n'ont pas eu, comme nous, la notion d'un *lien conjugal*, maintenu et imposé entre les conjoints par l'autorité supérieure de l'Église ou de l'État, ils avaient du moins dans leur forte organisation familiale l'action toujours présente et dominatrice de la *patria potestas* pour tenir quelque nœud nuptial en dehors et au-dessus de la volonté seule des époux. Ni juridiquement peut-être, ni moralement surtout, il ne pouvait être loisible à un fils et moins encore à une fille de briser l'union par un *repudium* d'aventure, sans le gré du *paterfamilias*. Lui sans doute pouvait le dicter de son chef, et je n'ai pas manqué de relever comme un premier vice du mariage romain, contraire aux saines notions d'union conjugale, cette interposition toujours présente des *patres*, et les fâcheuses ou odieuses ruptures qui parfois pouvaient s'ensuivre. Mais quand les pères n'y sont plus, que deviendra cette union *sine manu* conçue sans lien conjugal et sans association véritable, mais comme ayant conquis toute l'indépendance hasardeuse de l'union libre. Il est d'observation universelle que les familles en général, les pères surtout, s'emploient plutôt à rapprocher les époux qu'à les exciter l'un contre l'autre.

Ils voient de plus loin et de plus haut leurs tiraillements ou leurs dissensions. Ils ont aussi le sentiment plus vif et plus juste des mauvais effets d'une rupture dans la famille et la société. A Rome, ils pouvaient donc plus souvent fermer qu'ouvrir cette issue trop mal close du divorce, mais qui du moins dépendait tant de leur *potestas*.

Sitôt que la *potestas* cesse de se faire sentir, que devient cette même législation du mariage pour des époux *sui juris?*

Sui juris! Par le cours même de la nature, ils le devenaient d'ordinaire pendant leur mariage, souvent même avant qu'il ait pu avoir longue durée. N'était-ce pas quelquefois une première tentation d'user de cette indépendance tardive, pour rejeter une chaîne passagère, rongée peut-être du vivant des pères, et courir à quelque autre union rêvée depuis longtemps.

Les femmes, il est vrai, restaient sous la tutelle de leurs agnats. Mais rien ne nous dit qu'elles avaient besoin de leur *auctoritas* pour divorcer. D'ailleurs cette tutelle, affaiblie dans l'opinion et dans les mœurs, se désagrégeait promptement par le moyen des tutelles testamentaires et fiduciaires, puis des tutelles d'option. Nous approchons des derniers temps de la République et Cicéron nous l'a confirmé dans cette boutade du *Pro Murenâ* : « jadis nos ancêtres ont voulu placer les femmes sous l'autorité des tuteurs, et les jurisconsultes ont inventé des tuteurs soumis aux femmes ».

Rome d'ailleurs s'était peuplée aussi d'affranchis, même de pérégrins ou de latins ayant le *connubium*. Les émancipations étaient déjà plus fréquentes. Il devenait ainsi moins rare de voir, dès le seuil des *justæ nuptiæ,* de jeunes époux *sui juris*.

Suivons maintenant les conséquences. Les divorces vont se multiplier de part et d'autre. Et les femmes aussi vont apprendre à goûter, pour elles-mêmes, ce mariage *sine manu*, passé largement dans l'usage, mais que, filles de famille ou parfois *sui juris,* elles n'auraient pu d'abord inventer.

Il va devenir pour elles : l'indépendance complète, sans nul devoir légal d'obéissance ou de subordination envers leur mari, et avec disposition absolument libre de leurs paraphernaux, — la domination sur leur mari par la dot, quand elles sauront faire sentir qu'elles l'ont apportée et peuvent la reprendre, en laissant pour compte l'humiliation d'un *repudium*, — la clef des champs même, grâce à ce *repudium*, pour celles qui pouvaient connaître les tentations du désordre ou des fantaisies. Et tout cela sans autre frein légal pour les arrêter qu'une *retentio* minime, sans aucun intérêt commun qui les attache, sans même devoir être retenues (en législation du moins) par leur situation ou leurs devoirs de mère, puisque le droit ne leur reconnaissait aucun lien civil à ce titre, pas même le moyen de laisser sûrement leur succession à leurs enfants.

Certes je ne voudrais pas faire la peinture trop sombre, et je dois me garder plus encore de la faire trop colorée. Je vous redirai toujours que les mœurs pouvaient ici beaucoup en dehors du droit, contre ses imperfections mêmes. La *laudatio Turiæ* nous en fournira un noble exemple. Et de là cette nécessité d'une forte direction morale, en tout état de civilisation. Mais on sait bien aussi (c'est de vérité trop courante) que là où manque l'action prolongée d'une bonne éducation familiale ou des croyances, les femmes, une fois dévoyées, peuvent en venir jusqu'à pousser plus loin le goût et le scandale public des désordres. Elles n'y manquèrent pas à Rome, dans le mariage même, où s'y prêtait si bien cette singulière coutume des *libera matrimonia sine manu*. Il est certain qu'un bon nombre d'entre elles usèrent du *repudium* autant et plus que les hommes. Le Digeste en a conservé bien des indices. On en a l'impression dans Tacite, même en dehors des fameux scandales de Messaline. Plutarque le laisse assez entendre rien que dans les deux Vies de César et de Caton d'Utique. Le mot de Sénèque n'est pas une simple boutade quand il nous dit que plus d'une dame de la haute société romaine en

était venue à compter les années non par la suite des consuls, mais par le nom de leurs maris. Juvénal s'emporte au souvenir d'une femme qui s'était donnée jusqu'à huit maris en cinq années. Un de mes collègues m'a affirmé qu'à Pompéï, il avait lu l'inscription funéraire d'une épouse ensevelie par son onzième mari. Et saint Jérome rapporte, comme un phénomène sans doute, mais très instructif, qu'une femme avait passé successivement par vingt-deux mariages, avant d'être prise elle-même pour vingt et unième épouse par son dernier mari (1).

La démoralisation avérée du mariage romain, aux derniers siècles de la République comme aux premiers siècles de l'Empire, est restée un des plus forts enseignements de l'histoire. Il faudra chercher par quelle action salutaire elle a pu être enrayée. Mais voilà bien comment la coutume familiale de Rome, appuyée tout entière sur cette *patria potestas,* devenue si grandiose mais si artificielle, avait été par elle engagée dans ce mauvais chemin du mariage *sine manu*, où s'est fourvoyé pour des siècles tout le droit romain.

Nous l'allons voir maintenant. Ni Auguste et après lui les Antonins et les Sevères, ni même Constantin et la suite des empereurs chrétiens ne réussiront à l'en dégager entièrement.

(1) Ep. 123 : ad Ageruchiam, de Monogamiâ, § 10.

CINQUIÈME ET SIXIÈME COURS

Les mesures d'Auguste.

Jusqu'à la fin de la République il fut laissé aux familles et à la coutume de gouverner la pratique et le droit des mariages. L'État (la *civitas*) ne paraît leur avoir appliqué nul règlement général de législation. En dehors des lois matrimoniales attribuées à Romulus par la légende[1], et depuis les Douze Tables qui semblent n'avoir guère parlé des *justæ nuptiæ*, il n'est signalé, dans l'histoire de la République, qu'une loi Canuléia qui vint supprimer toute interdiction de *connubium* entre plébéiens et patriciens, et qui nous apparaît ainsi comme mesure politique plus encore que règlement civil. A défaut de loi fixe et formelle, c'était donc la coutume qui avait déterminé les quelques conditions s'imposant aux familles pour l'existence des *justæ nuptiæ*, et qui avait notamment consacré l'exigence de puberté comme les prohibitions de bigamie et d'inceste.

C'est par la coutume aussi, que s'était établie la distinction des unions diverses qui, dans la société romaine, formaient contraste avec les *justæ nuptiæ :* soit le *contubernium* pour les couples dédaignés d'esclaves, soit le *concubinatus* et le *stuprum*, désignations encore mal précisées pour des unions de fait, passagères ou durables. Le magistrat, le juge pouvaient ainsi avoir à examiner parfois dans la cité, s'ils

(1) Plutarque, *Romulus,* n° 29.

étaient en face de *justæ nuptiæ* ou de quelque autre union; mais incidemment, et pour décider s'ils étaient devant des cas de dot valable ou de donation nulle. Du moins est-il certain que les Romains n'avaient pas alors, et n'ont même jamais eu rien qui ressemblât à nos actions spéciales en déclaration de nullité de mariage, et encore moins quelque distinction d'empêchements dirimants ou prohibitifs (1).

Hors ces points qui semblaient s'être de bonne heure fixés en coutume générale et impérative, les familles avaient gardé par devers elles tout pouvoir de former et de rompre les mariages, comme d'en déterminer le régime, avec ou sans *manus*. Chose bien remarquable! l'État, quoiqu'à tant de points de vue, il apparaisse si fortement organisé dès la République, n'avait pas encore conçu l'idée ou senti le besoin de s'ingérer ici dans ce domaine réputé tout familial, au nom des considérations supérieures d'intérêt ou d'ordre public. Ni pour régir l'ensemble des conditions de formation de mariages, ni pour tempérer les droits vraiment excessifs du *paterfamilias* sur l'union de ses enfants, ni pour enchaîner les époux par un lien plus stable, ni même pour imposer un statut ou régime unique de l'union conjugale, la cité n'avait rien fait qui pût paraître porter atteinte au principe et aux attributs de la *potestas*. Ainsi s'est expliquée, à nos yeux, cette concurrence possible des deux systèmes de mariage, qui serait peu compréhensible dans une législation conçue et tracée par l'État, tandis qu'elle apparaît mieux en harmonie avec des convenances et coutumes familiales de mariage.

Malgré la forte organisation des familles romaines, et cette *patria potestas* dont elles ont pu être longtemps si fières, nous venons de voir ce qui était advenu du mariage au dernier siècle de la République. A mesure que Rome avait senti faiblir tout son vieil élément des familles rurales, épuisé par tant de luttes et de triomphes ou

(1) *Instit.*, I-X-2.

perdu au milieu d'affluences nouvelles, elle avait dû subir aussi de graves altérations dans tout l'ensemble de ses mœurs publiques et familiales. Depuis que les Romains, sortis vainqueurs de la grande épreuve de guerres puniques, avaient marché si résolument à la conquête du monde en commençant par la Grèce et l'Orient, leur capitale agrandie, regorgeant de richesses, de luxe et d'esclaves, avait ressenti les effets, sans doute inévitables, de toute agglomération prodigieuse et brillante, sur la simplicité première des sentiments, des idées et des mœurs (1). L'antique et sévère observance des mariages en avait souffert, d'autant plus qu'elle n'était en rien soutenue par les lois. Déjà cette corruption nous est apparue à ce premier symptôme, si caractéristique, de l'extrême multiplication des divorces. Auguste en constatera bien d'autres, ceux-là surtout auxquels nous l'allons voir maintenant s'efforcer de porter remède.

Mais remarquons encore que ces *justæ nuptiæ*, dont il devait prendre tant de souci, n'étaient à Rome et dans l'Italie que le mariage d'une partie de la population, de ce qu'on pourrait appeler bien mieux que de nos jours, les classes élevées et dirigeantes. Le *connubium* n'était pas encore largement concédé dans tout l'Empire en dehors des *cives romani*. Il pouvait moins encore appartenir à cette masse

(1) En dehors des diverses tentatives de lois somptuaires, sous la République et sous l'Empire, la plupart des auteurs classiques ont signalé et déploré cette passion de l'argent et du luxe, avec le goût des jouissances matérielles, devenus si dominants chez les Romains. Plaute a commencé d'y faire des allusions nombreuses, avant Horace ou Virgile, avant Salluste ou Tacite. Et Pétrone s'écriera :

Quid faciant leges, ubi sola pecunia regnat?

comme Juvénal les résumera tous dans sa célèbre tirade :

Præstabat castas humilis fortuna Latinas,
Quondam.....
Nunc patimur longæ pacis mala. Sævior armis
Luxuria incubuit, victumque ulciscitur orbem.

des esclaves, si nombreux alors que, dans Rome même, où s'étalait l'usage pernicieux de la servitude domestique [1], on aurait compté peut-être moitié d'esclaves et d'affranchis. Dans un tel état social, les mariages qui allaient inquiéter Auguste étaient donc avant tout ceux de la haute société romaine, menant sa grande existence au milieu de la capitale, sur les hauteurs voisines, ou sur les bords merveilleux du golfe de Naples, déjà si goûtés et si animés au siècle d'Auguste.

Avec Auguste, c'est l'État qui va intervenir ouvertement, quoique bien imparfaitement, dans le droit du mariage. Sans viser par ses lois à lui donner une organisation complète, il va tenter de l'arrêter sur les mauvaises pentes et d'imprimer aux mœurs une direction meilleure. Il faut donc, pour exposer et comprendre cette grande tentative, dont il restera si peu de choses, que nous jetions un nouveau regard sur l'état des mœurs à cette époque.

Dans ces mariages *sine manu* devenus, à Rome, les plus usités, la mauvaise conception de l'union conjugale, et l'abus d'un divorce si facile n'étaient pas les seuls vices. Chose à première vue plus étrange et pourtant trop certaine! les unions restaient souvent stériles ou peu fécondes, — les justes noces se trouvaient désertées pour d'autres liaisons inférieures, — ou il n'était pas rare qu'elles fussent troublées, deshonorées par l'adultère. Les faits sont indubitables, puisque là ont porté les grandes préoccupations d'Auguste. S'en rendre compte, n'est-il pas nécessaire pour mieux saisir le système de ses lois? Et comment d'ailleurs séparer ici, dans l'histoire du mariage, les deux points de vue du moraliste et du jurisconsulte, sans omettre une partie de notre tâche? Vous saurez comprendre que je dois le faire, si délicat que soit ce sujet; et je n'hésite pas à reprendre chacun de ces points en évitant seulement de trop insister.

(1) « *Nec turpe est, quod dominus jubet* » maxime incisive de Pétrone, qui suffit à rendre compte des abus monstrueux de cet esclavage dans une société corrompue.

Et d'abord *les mariages devenus stériles ou peu féconds!* Est-il si malaisé d'en apercevoir les raisons pour cette époque de l'histoire romaine? Avec les besoins croissants du bien-être, et surtout à Rome même, les gouts effrénés du luxe; avec la dégénérescence ou les affaiblissements héréditaires dus à toute l'atmosphère des grandes villes (1); avec les préoccupations de la dot qui ne pouvaient manquer de primer souvent dans les mariages celles de la force et de la santé : la société romaine avait connu déjà tout un ensemble de causes néfastes pour la fécondité des mariages.

D'autres encore travaillaient contre elle. L'extrême facilité des ruptures n'avait dû que développer l'habitude et le goût des divorces. Et dès lors, comment n'avoir pas eu le souci de trop s'embarrasser d'enfants, dont la présence pouvait singulièrement gêner cette précieuse faculté.

Au surplus, il suffirait de relever comme une cause dominant toutes les autres, l'absence d'un frein moral tiré de plus haut. La société romaine, déjà bien avant Auguste, n'avait plus de fortes croyances; et la raison purement philosophique n'était pas encore parvenue à les remplacer pour le grand nombre, comme elle n'y réussira pas sans doute de sitôt. C'en était assez, dans ce monde raffiné, pour n'avoir plus rien à opposer aux exigences du bien-être et à ces mauvais conseils de l'égoïsme qui sait si bien insinuer que les enfants (ou du moins le nombre des enfants) sont à redouter comme entraînant trop de sacrifices de liberté, de peine, ou d'argent. Les Romains n'ont-ils pas été même, jusqu'à trouver d'autres avantages dans cette stérilité plus ou moins volontaire de leurs unions, qui leur valait les assiduités empressées des coureurs d'héritages? Après Senèque et Pline, Tacite l'a répété plus d'une fois; et n'a pas manqué de le noter quand il oppose à Rome la Germanie : « *Numerum liberorum finire, aut quemquam*

(1) Columelle l'avait bien relevé dans sa préface, en y prenant raison de rappeler les Romains vers les campagnes et l'agriculture.

ex agnatis necare, flagitium habetur....... nec ulla orbitatis pretia ».

Mais *le mariage même était déserté*. Nombre de Romains le fuyaient au siècle d'Auguste. Et comment donc? Un mariage si peu contraignant! Il est facile de voir pourtant que les hommes, surtout, pouvaient être tentés de l'éviter, et pour plusieurs motifs.

Sur eux retombaient légalement toutes les charges. Or, malgré leur précaution de rechercher une bonne dot bien assurée, il leur arrivait trop souvent d'être abandonnés ou répudiés, en gardant la charge et le souci des enfants, sans *retentiones* suffisantes. N'avaient-ils pas à craindre d'ailleurs, outre les affronts de l'adultère, les embarras et les humiliations du *repudium* signifié par leurs femmes? Je ne crois pas me méprendre en supposant que les répudiations, tout arbitraires ou capricieuses, devaient encore paraître plus dures à l'amour-propre des maris. Et je m'explique ainsi qu'à Rome le souci devait être grand, de s'engager dans ce qui pouvait si bien s'appeler alors l'aventure du mariage.

Si l'homme voulait des enfants, des *heredes sui*, ne lui était-il pas possible de les avoir et de son propre sang, même en dehors des justes noces! L'adoption était là pour élever au rang d'enfants *in potestate* les fruits de quelque autre commerce, voire même les enfants d'une concubine gardée auprès de soi dans sa maison. Je ne sais aucun texte qui s'y oppose, et les Romains étaient par eux-mêmes trop juristes ou trop entourés de juristes, pour ignorer, dans le sens de leurs désirs ou de leurs calculs, toute les ressources fournies par le droit [1]. A défaut d'adrogation, d'ailleurs, l'institution d'héritier était toujours possible, même pour des bâtards.

(1) Tacite (Ann. XV, nº 19) nous laisse assez entendre combien ces pratiques d'adoption étaient devenues abusives, même au point de vue de la brigue des fonctions publiques ; si bien qu'il fallut aviser sous Néron « *Factum ex eo senatusconsultum ne simulata adoptio in ullà parte muneris publici juvaret ac ne usurpandis quidem hereditatibus prodesset.* »

Là doit être en grande partie l'explication de ces progrès inquiétants du célibat romain. La désertion des justes noces n'était pas le célibat de chasteté, comme on le verra se développer dans quelques siècles, par réaction contre les mœurs païennes et par invocation d'une idée nouvelle de perfection plus grande. C'était alors un célibat de liaisons inférieures ou de désordres. Eh! n'avaient-ils pas au-dessous d'eux, et en quantités prodigieuses, leurs esclaves dont ils pouvaient au besoin faire des affranchies, pour se ménager plus d'apparences de dignité, et des enfants de condition libre?

A cet égard, les aveux, les détails mêmes ne nous manquent point, dans tout ce qui a pu être relevé des mœurs et de la vie privée des Romains. Mais n'est-il pas un phénomène attesté par des lois mêmes du siècle d'Auguste et qui suffit à en dire bien long? Il fallut sans doute ce triste exemple des hommes, désertant le mariage en vue des basses unions, pour amener les femmes aussi et même tant de dames romaines à cette extrémité que, par goût de licence ou faute de maris, on les voyait se jeter à la tête des esclaves, pour rechercher leur *contubernium*. L'abjection parut si grande qu'on songea du moins à réprimer de telles liaisons, et surtout à les empêcher de faire souche d'hommes libres dans la cité. Et de là le sénatus-consulte Claudien. Mais peut-on croire qu'il ne soit venu qu'après quelques cas isolés et qu'il n'a pas dû être provoqué d'abord par un véritable amas de scandales, lorsqu'on songe qu'il fut jugé nécessaire au temps de Claude et de Messaline!

Et l'adultère! l'adultère des femmes, le seul alors légalement connu et réprimé! Il fallait bien aussi qu'il fût devenu de fréquence extrême pour que le législateur romain ait tant songé à sa répression (bien plus que de nos jours), à une époque qui n'était plus pourtant celle d'un grand rigorisme. — Eh! comment donc si fréquent, lorsque les femmes n'avaient qu'à dire un mot, signer un *repudium* pour devenir libres de se donner licitement à un autre?

Mais, quand l'épouse était encore et si souvent *filiafamilias*, aurait-elle pu répudier et changer de mari sans le gré de son père? La répudiation d'ailleurs pouvait faire quelque éclat, ne conduire qu'à des mariages d'apparence inférieure; elle exposait à des retenues pécuniaires. L'adultère, s'il restait caché, n'évitait-il pas ces difficultés ou ces ennuis? Au surplus, la répudiation n'aurait toujours permis à la fois qu'un seul mari, quand l'adultère, pour les Messalines Romaines imitant ou surpassant l'inconduite des hommes, n'était pas rare à plusieurs amants.

Toutes ces misères et jusqu'aux monstruosités morales, Rome les a connues pendant plusieurs siècles et surtout au siècle d'Auguste. Le Musée secret de Naples, en tout ce qui a été tiré pour cette époque des ruines d'Herculanum et de Pompei, suffit à nous dévoiler les turpitudes de ce monde Romain, dans tout le domaine des mœurs(1). Et comment de tels ferments de corruption n'auraient-ils pas propagé la perversité et les désordres jusque dans la pratique d'un mariage, si étrangement conçu d'ailleurs par le droit?

Auguste avait compris le mal. Il en vit nettement le danger pour tout l'ordre social, comme il eut aussi la vive inquiétude de la dépopulation menaçant la patrie romaine. Sorti des guerres civiles, victorieux et *imperator*, il tenta d'y porter remède.

Il paraît bien que nul problème de législation civile ne l'a inquiété autant que celui du mariage, puisqu'on trouve trace ici de ses mesures sur tant de points. Il s'est préoccupé dans ses lois du *repudium*, comme de l'adultère et du concubinat. Il s'est grandement soucié aussi de la dot des femmes et même de leur *intercessio*. Et il semble n'avoir touché aux testaments dans ses lois caducaires, que pour avoir surtout action sur les mariages.

Malheureusement nous n'avons pas le texte, ni même le

(1) On en trouve trace jusque dans un texte d'Ulpien, L. 27, § 1, D (5-3).

catalogue absolument certain de l'ensemble de ses lois. *Lex Julia de adulteriis*, *lex Julia de maritandis ordinibus*, *Lex Papia Poppœa,* tout ne semble pas encore bien élucidé entre les savants. On en connaît beaucoup par les écrits des jurisconsultes et d'autres monuments de l'antiquité latine. Mais comme nous n'avons à faire ici ni œuvre d'érudition, ni même une analyse minutieuse de tous ces textes, je ne puis m'attarder à discuter, si telle de ses lois a plus ou ou moins précédé les autres, si telle mesure a dû sortir plutôt de l'une ou l'autre des *leges Juliœ*. Pour un simple résumé, quelle en serait l'importance? Nous retiendrons seulement d'après le témoignage même de Tacite que la loi *Papia Poppœa*, dite loi caducaire, dut être des dernières. — Et je ne songe qu'à vous rappeler les dispositions qui résultent de tout cet ensemble de mesures, en visant surtout à dégager leur esprit même et leur enchaînement.

Il me semble qu'on peut ramener à trois idées principales, d'ailleurs intimement reliées, la masse des décisions législatives, que nous entrevoyons prises par Auguste, autour de cette question du mariage romain :

1° Rétablir plus de moralité dans les mariages, et disons même d'une manière générale, plus de décence dans tout ce grand domaine des mœurs qui a trait aux rapports des deux sexes. — Et à cette idée se rattachent aisément, outre la formalité dictée au *repudium*, la répression fortement organisée des adultères ainsi que des autres délits contre les mœurs, tels que le *lenocinium* et le *stuprum*; mais en même temps et comme tempérament, la reconnaissance plus précise du concubinat.

2° Ramener la société romaine au mariage même, mais en poussant aussi les Romains à la fécondité de leurs mariages. — Et de là, s'ajoutant au système du *jus liberorum* et des honneurs réservés dans les assemblées publiques aux gens mariés et aux *patres*, toute sa grande et étonnante machinerie des lois caducaires.

3° Assurer mieux la condition matrimoniale des femmes, surtout quant à leur fortune : En proclamant leurs *patres* obligés de leur fournir une dot raisonnable; — En imposant au mari de prendre le consentement de sa femme pour aliéner le fonds dotal; — En commençant même de prohiber l'*intercessio* des femmes envers leurs maris, afin de les empêcher de compromettre pour eux tout leur patrimoine.

Auguste, en les protégeant ainsi sur de tant de points, montrait assez combien il lui importait, diminuant leurs causes d'inquiétude, de les attacher, elles surtout, à ce mariage qu'il voulait fécond; comme il ne visait pas moins à leur ménager les moyens de se remarier suivant le vœu et les injonctions de ses lois. Et Pomponius nous rendra bien toute sa pensée, qui deviendra désormais celle de l'empire romain, quand il écrit cette phrase retentissante : « *Dotium causa semper et ubique præcipua est : nam et publicè interest dotes mulieribus conservari, quum dotatas esse feminas ad sobolem procreandam, replendamque liberis civitatem, maximè sit necessarium* » (1).

Il nous faut reprendre, au moins brièvement, les mesures qui se sont rattachées à ces idées du fondateur de l'empire romain.

I

Auguste a senti la nécessité de mettre un frein légal aux désordres et à l'immoralité qui envahissent jusqu'au mariage même. Et que fait-il?

D'abord une mesure simple et toute modeste. Il établit que le divorce ne sera valable et ne comptera au point de vue du droit, qu'à la condition d'avoir été déclaré devant sept citoyens romains qui puissent en témoigner (2). Ce n'était certes porter aucune atteinte, aucune restriction légale à la faculté de divorcer, mais empêcher du moins qu'on ne

(1) L. 1, D. (24-3).

(2) L. 9 D. (24-2); — L. 41 D. (38-11) *Lex Julia de adulteriis, nisi certo modo divortium factum sit, pro infecto habet.*

se jetât le mot de divorce avec efficace, à tous moments d'impatience ou de colère. Et nul doute qu'il en devait résulter déjà plus de réflexion, de décence et de publicité dans les ruptures.

S'il ménagea cette extrême liberté du divorce, si familier et si cher aux Romains, il s'attaqua du moins et délibérément à l'adultère comme à tous les complaisants et entremetteurs, qui faisaient métier de vivre des adultères. Et ce qui nous a été gardé par Justinien du texte de la *Lex Julia de Adulteriis* et de ses commentaires, suffirait à nous renseigner sur beaucoup de particularités des mœurs romaines et leur étonnante dépression.

Il ne saurait entrer dans notre plan de faire un examen complet de cette loi, que vous pourriez trouver dans les études spéciales qui lui ont été consacrées. Je dois me borner à quelques traits et réflexions.

L'adultère réprimé par Auguste n'était toujours que l'adultère commis du côté de l'épouse (1). Le droit commun des Romains n'en a pas connu d'autre, et n'a point édicté de peine contre l'homme qui ne faisait que tromper sa femme, sans tromper en même temps un autre mari. Car s'il en venait là, il était du moins frappé comme complice de l'adultère d'une autre femme mariée.

Jusqu'au temps d'Auguste, cet adultère de la femme n'avait pas été rangé parmi les crimes publics. Il ne pouvait être frappé qu'en vertu des puissances familiales, *manus* ou *potestas*. Auguste a bien maintenu quelque chose de cette vieille tradition du châtiment domestique. Car il a conservé, comme un véritable droit (*jus occidendi*), celui de tuer la femme et son complice surpris en flagrant délit d'adultère.

Mais à qui reconnaît-il ce droit? Le père seul a contre sa fille coupable le *jus occidendi*. Le mari semble n'avoir un pareil droit que contre le complice, et encore contre cer-

(1) L. 1, C (9-9), qui déclare expressément que tel a bien été le système voulu dans la *Lex Julia*.

taines catégories inférieures de complices (1). Or, le père avant le mari pour réprimer l'adultère de l'épouse, n'est-ce pas là une idée qui nous confond? Papinien nous dira bien que le père a pu mieux être érigé en vengeur, comme ne devant pas céder sans doute aux mêmes emportements que le mari (2). Mais faut-il s'en rapporter à cette raison donnée sous les Sévère au bout de deux siècles, pour se rendre compte de la pensée d'Auguste? Et n'est-il pas à croire que nous n'avons ici, dans la loi Julia, qu'une suite de l'ancienne tradition, et de cette idée qu'à Rome la *patria potestas* a tout primé dans l'organisation de la famille, au point d'avoir longtemps altéré les vraies notions du rapport conjugal entre les époux.

S'il n'y avait pas eu justice faite sur l'heure, l'adultère ne pouvait plus être réprimé que dans la cité, et par voie d'accusation publique. Mais alors tout citoyen (ce qui nous semble plus étrange encore) était appelé au droit de traduire les deux coupables devant la justice criminelle. Il ne restait pour le mari et pour le père qu'un privilège : celui d'être seuls admis à exercer l'action au début, pendant soixante jours (3). — S'ils s'étaient abstenus, fût-ce pour ne pas ébruiter leur honte ou leur peine domestique, des étrangers pouvaient se porter accusateurs et poursuivre le châtiment public des amants coupables. Quand la sentence de condamnation était prononcée (et nous voyons par les textes que les preuves étaient le plus souvent fournies par les esclaves soumis à la torture) la femme adultère et son complice étaient frappés de la *relegatio in insulam,* à quoi s'ajoutait en outre l'interdiction absolue de se remarier. Ne fallait-il pas que le désordre eût atteint des proportions inouïes pour appeler un tel système d'accusation et de

(1) Cf. L. 20, L. 24, D. (48-5).

(2) L. 22, § 4, D. (ht).

(3) Le mari fut même admis, sans doute par une jurisprudence postérieure, à passer avant le père. « *Et magis est, ut maritus præferatur* » L. 1, § 8, D. (ht).

répression? Et ne sait-on pas d'ailleurs qu'Auguste eut bientôt la douleur d'appliquer, dans sa famille même et à ses filles, les peines de ses lois?

Voilà l'ensemble des dispositions de fond. Mais il en est encore une autre et non moins significative à relever. Le mari ne pouvait poursuivre sa femme adultère, qu'à la condition de l'avoir répudiée sur-le-champ. C'était pour lui, d'ailleurs, s'il l'avait surprise, un devoir strict de la répudier, sans pouvoir se résigner ou même pardonner. Les tiers, en effet, prenant alors dans le silence du mari, le droit d'intervenir, n'étaient reçus dans leur accusation contre la femme qu'en attaquant aussi le mari même, pour ne l'avoir pas répudiée. Le mari risquait donc de tomber sous l'incrimination de *lenocinium,* c'est-à-dire de mauvaise complaisance, par intérêt ou perversité, qui entraînait même peine que celle de l'adultère (1). — Quelle accumulation de mesures contre ce fléau des mariages romains? Il me suffira d'ajouter que les textes étendaient le délit et la peine du *lenocinium* à toutes les catégories d'entremetteurs qui se mêlaient aux adultères. Visiblement les violations de foi conjugale et les trafics d'adultère tenaient dans cette législation romaine une bien autre place que les séductions, rapts ou corruptions de mineures, dont nos lois françaises ont pris tant de souci. Et dès lors que penser à Rome de l'observance de ces justes noces, où d'ailleurs les filles étaient souvent jetées si jeunes, avant la série de leurs adultères ou de leurs divorces!

En outre de l'adultère et du *lenocinium*, Auguste voulant toucher à tout le domaine des mœurs, avait aussi frappé des mêmes peines le *stuprum*, nouvelle accusation plus indéterminée; car elle semble avoir impliqué toute liaison irrégulière avec une femme, fille ou veuve, c'est-à-dire tout commerce en dehors des *justæ nuptiæ* et du concubinat, sans compter ces autres commerces honteux que

(1) L. 2, § 2 et s. (ht), avec un exemple rapporté au § 6.

l'antiquité païenne a trop longtemps connus sans les flétrir[1].

On voit par là, combien ces incriminations d'immoralité devenaient larges et nombreuses, d'après ces lois d'Auguste. Et faute de ministère public, l'accusation restant ouverte à tous les citoyens, le système était bien fait pour provoquer et développer une profession nouvelle : celle de délateurs. Tacite la signalait comme un mal nouveau.

Mais il est un tempérament aux inculpations de *stuprum* qu'Auguste dut admettre et conserver dans ses lois par égard pour l'organisation même et les habitudes de la société romaine : c'est le *concubinatus*, dont il faut aussi nous rendre compte, comme touchant de près à la notion même des mariages romains.

Bien avant Auguste, la coutume ou les préjugés ne permettaient pas les justes noces entre toutes personnes libres, mais de conditions trop inégales. Il a existé de tout temps des répugnances sociales ou familiales, à voir épouser des personnes tarées ou déclassées. Et même après la loi Canuléia, les préjugés durent longtemps mettre obstacle à des mariages entre les patriciens et plébéiens, surtout entre hauts patriciens et plébéiens obscurs. Les *justæ nuptiæ* restaient d'ailleurs interdites entre ingénus et affranchis [2]. Mais quand ils ne pouvaient ou ne voulaient pousser jusqu'aux justes noces, que faisaient donc ceux qui tenaient pourtant à s'unir? Ils nouaient alors une liaison sérieuse et avouée, appelée du nom de *concubinatus*, et qui n'était pas, en apparence, si distincte du mariage que nous serions enclins à l'imaginer. Il n'en était pas comme pour

(1) L. 34, D (ht), à quoi l'on peut joindre une constitution de 390, rapportée dans la *M. et R. Legum collatio*, au titre de *stupratoribus*. Voilà, comme textes juridiques, pour confirmer ce qu'attestent tant d'auteurs païens et l'indignation chrétienne, à partir de Saint-Paul.

(2) Bien d'autres traits de la société romaine devaient conduire, surtout les hommes, à ces liaisons inférieures d'où se formait le *concubinatus* (p. 105) ; sans compter la situation des fils de famille, incapables de conclure les *justæ nuptiæ* sans leur père, mais non sans doute un concubinat.

nous, chez qui le mariage, exigeant tant de conditions et une célébration publique, contraste si nettement avec le concubinage. Les justes noces des Romains ne donnaient-elles pas au concubinat l'exemple de se former elles-mêmes par seul accord de volontés, comme elles se pouvaient rompre par seul désaccord! Nulle différence essentielle de forme, ni de lien. L'un et l'autre ne pouvaient donc se distinguer qu'à l'intention des parties et à leurs effets : à l'intention d'abord, comme nous le disent les textes : « *Concubinam ex solâ animi destinatione æstimari oportet* »; — et aux effets : en ce qu'une concubine, juridiquement du moins, n'avait pas de dot (1), mais devenue infidèle ne pouvait être frappée comme adultère; en ce que son concubin d'autre part, ne pouvait espérer de *potestas* immédiate et directe sur les enfants. Ainsi conçu ce *concubinatus*, avant Auguste, n'était donc à considérer que comme une liaison de fait, notoire d'ailleurs, mais sans conditions légales et sans effets légaux, qui devait être fréquente à Rome, et n'en était pas le plus grand scandale.

Lorsqu'Auguste voulut tenter de restaurer les mœurs par une meilleure discipline des mariages et la punition des liaisons coupables, il dut rencontrer cette question du concubinat. Pouvait-il lever tous les obstacles de droit, et surtout faire disparaître les préjugés? Il supprima bien sans doute la prohibition du mariage entre les affranchies et leurs patrons, si ce n'est à l'endroit des patrons de classe sénatoriale (2). Mais il ne dépendait pas de lui que les patrons se résignassent toujours à prendre leurs affranchies en vraies justes noces. Et il eut été téméraire, sans doute, de

(1) Le *Trinummus* de Plaute revient sans cesse sur cette idée qu'il serait indécent pour un chef de famille de marier sa fille ou sa sœur, sans dot, même à qui voudrait l'épouser ainsi, parce qu'une telle union sentirait plutôt le concubinat.

(2) Il fit plus même, et il alla jusqu'à interdire aux affranchies de répudier leurs patrons. Il y eut donc au moins un cas où les Romains comprirent que le lien juridique du mariage pouvait tenir, même contre le gré

proscrire comme coupable une liaison si usuelle, en la rangeant dans le *stuprum*. Il autorisa donc ce *concubinatus*, tout au moins en le déclarant excepté du *stuprum*. Et d'une manière plus générale, il semble bien avoir déterminé les hypothèses de concubinat ainsi tolérées, comme par exemple entre ingénus et femmes tarées ou condamnées déjà pour adultère, entre sénateurs et affranchies, ou *personæ ex obscuro loco*, etc. Les déterminer ainsi, c'était les exempter du *stuprum* (1).

Voilà donc comment fut ménagé ce tempérament du concubinat, et ce qu'on peut conjecturer de son règlement comme de son caractère, dans l'œuvre d'Auguste. Le *concubinatus* devait dès lors passer pour l'union notoire et avouable avec une femme libre qu'il est impossible ou peu convenable de prendre et de présenter comme *uxor*. Liaison avouable : aussi ne pouvait-on avoir régulièrement qu'une seule concubine, et ne pouvait-on prendre à la fois épouse et concubine. Y manquer c'était encourir les peines du *stuprum*. Mais le concubinat, ainsi toléré, ne semble d'ailleurs avoir pris nom et rang, comme union distincte, qu'au point de vue du système pénal imaginé par Auguste. Et il est bien difficile de croire qu'il ait conquis dès cette époque quelque consécration d'effets civils, dans le droit privé des Romains, comme à titre d'union légitime inférieure (2).

d'un des époux. L. 1, § 1, D (38-11). « *Liberta invito patrono divertit; Lex Julia de maritandis ordinibus retinet istam in matrimonio* ». Les affranchies étaient aussi plus strictement tenues, même en concubinat.

(1) L. 3, pr., D (25-7). Bref l'homme bien né, descendant à de telles unions, s'en tirait par le concubinat, tandis que la *matrona*, se compromettant ainsi, eut commis un *stuprum*.

(2) Les Romains pratiquaient ce concubinat si publiquement qu'ils ont loué Marc-Aurèle, après la mort de l'impératrice Faustine, de n'avoir voulu prendre qu'une concubine, et dans un rang inférieur, pour ne pas la poser en *uxor* devant ses enfants. Nos idées françaises ne nous ont pas fait voir ainsi les choses lorsqu'il plut à Louis XIV de s'unir avec M[me] de Maintenon, comme en mariage tenu secret.

II

Auguste ne s'est pas contenté de lutter contre les mauvaises mœurs. Il a voulu pousser ses contemporains au mariage et prévenir les unions tout à fait stériles. De cette pensée est sortie son suprême effort des *lois caducaires*, qu'il convient de rappeler et d'apprécier.

On semble les négliger aujourd'hui dans l'enseignement réduit du droit romain, malgré la place qu'elles ont tenue dans le droit classique. Et pourtant quelle mine d'observations précieuses pour la véritable histoire! Je ne puis songer sans doute à vous exposer tout leur mécanisme juridique. Qu'il me suffise de vous rappeler qu'il procédait principalement des deux idées suivantes: 1° frapper de déchéances ou privations testamentaires, les *cœlibes* de l'un ou l'autre sexe (dont le célibat n'avait pas d'excuse légale au jour venu pour recueillir ce dont ils auraient été gratifiés), et de même aussi, mais moins fortement, les *orbi* ou époux sans enfants ; 2° récompenser, à leurs dépens, les *patres* appelés dans les mêmes testaments, et conviés ainsi à de belles primes de paternité. — A défaut de *patres*, le fisc profitait des caducs.

Laissant volontairement les distinctions et multiples détails d'analyse juridique ou de curiosité critique, c'est sur la singularité du système d'Auguste et sa pensée fondamentale, que je voudrais appeler votre attention, parce qu'elles intéressent à la fois toute histoire générale du mariage et celle des mœurs romaines.

Le procédé est étrange à nos yeux. On n'aurait pas connu dans notre droit français d'idée semblable. Et si l'on revient jamais à parler de mesures contre les célibataires, d'encouragement pour les ménages féconds, ce sera peut-être par le moyen de vexations fiscales ou d'exemptions d'impôts. L'instrument choisi par l'État sera son fisc; mais à coup sûr, non le testament. Pourquoi donc Auguste y

avait-il songé? A cause de l'usage si répandu chez les Romains, non seulement de faire des testaments pour éviter, soi-disant, le mauvais renom de mourir intestats, et assurer la transmission de leurs *sacra;* mais de multiplier étonnamment dans ces testaments leurs institutions d'héritiers et leurs legs. Ce testament qui, dans l'histoire, nous apparaît comme une des grandes coutumes de Rome, exaltant le rôle des chefs de famille et destiné souvent à remédier aux rigueurs ou à l'insuffisance des règles légales, a pu prêter aussi à de singuliers usages. Les Romains des temps classiques ne se faisaient pas, autant que nous, une règle morale de laisser tout ou la plus grande partie de leur fortune à leurs descendants ou à leurs proches. Depuis que le testament par *aes et libram* avait ouvert le champ libre à la volonté des *patresfamilias*, et que les mœurs s'étaient relâchées, ils n'avaient guère scrupule de frustrer largement leurs familles. Et l'habitude était venue de désigner pour légataires ou héritiers, à côté des siens, soit des amis, soit des personnages notables ou l'Empereur même. C'était là comme un entraînement général et une mode. Vous le verrez bien en relisant le testament de Dasumius, et la place réduite qu'y tient sa fille pourtant qualifiée de *pientissima* ou *carissima*. Cicéron ne s'est-il pas vanté d'avoir reçu en libéralités testamentaires vingt millions de sesterces? Suétone rapporte qu'Auguste avait ainsi, en vingt ans, recueilli des sommes énormes (1). Et rien qu'à travers les lettres de Pline, on pourrait observer combien son titre d'ami ou de grand personnage, semble lui avoir valu de legs ou d'institutions d'héritier.

De là cette pensée qui vint à Auguste, de tirer de ces

(1) « *Quamvis viginti proximis annis quaterdecies millies ex testamentis amicorum percepisset* », Suétone, n° 101. — Et Pétrone fera dire à Trimalcion, se vantant du testament de son ancien maître « *cohæredem me Cæsari facit* ». N'était-ce pas souvent une mesure de prudence que d'instituer l'Empereur? Les historiens ont noté que les meilleurs princes comme Antonin ou Marc-Aurèle répudiaient maintes fois de telles hérédités.

usages romains le moteur de tout son mécanisme en faveur des *patres*, et contre les *cœlibes* ou les *orbi*, pour les inciter à se bien mettre en garde au point de vue des caducs. Ne pas manquer la poste pour se marier ou se remarier, comme pour avoir au moins un enfant, afin d'être dispos et en bonne place dans cette grande foire aux testaments, voilà quelle dut être la préoccupation des Romains, appartenant aux meilleures classes, au lendemain de la loi *Papia Pappæa*. Telle fut la dernière et principale invention d'Auguste pour voir refleurir les mariages, et par eux repeupler sa cité d'enfants *ex nuptiis*. — Il vint l'ajouter, dans ses dernières années, à d'autres mesures qu'il semblait avoir imaginées d'abord pour encourager spécialement les femmes à être mères : notamment à ce *jus liberorum* déjà si singulier, par lequel il libérait de la tutelle celles qui avaient donné au moins trois ou quatre enfants, fût-ce sans *justes noces*.

L'expérience a condamné bien vite à Rome cette étonnante tentative, que Tacite nous présente comme une inspiration malheureuse d'Auguste vieilli. Il paraît bien qu'elle eut surtout des conséquences désastreuses en poussant plus encore, contre le vœu même de son auteur, à la démoralisation de la société romaine. Tacite nous atteste que toutes ces lois ne firent que développer les délations au criminel ou au civil, sans augmenter le nombre des enfants (1). Quant au mariage même, elles durent pousser plus encore aux unions inconsidérées et bâclées, suivies bientôt de dégoûts, puis de désordres ou de ruptures. La multiplication même des divorces en devait être la suite inévitable et pour raison majeure, qui ne pouvait échapper aux prévisions d'Auguste. Car ne devint-il pas nécessaire de divorcer pour se mieux mettre en règle avec la loi, sitôt qu'un mariage, même uni, menaçait de de-

(1) Et Sénèque : *Ad Marciam*, n° 19. « *In civitate nostra, plus gratiam orbitas confert, quam eripit. Adeoque senectutem solitudo (quæ solebat destruere) ad potentiam ducit, ut quidam odia filiorum simulent, liberos ejurent, et orbitatem manu faciant.*

meurer stérile? Au surplus, dès Rome même, celui-là le résumait d'un mot, qui a dit qu'on se mariait alors « moins pour avoir des héritiers que pour avoir des héritages ».

Il convient encore d'insister sur ce point de vue d'intérêt sordide qui, en classant cette œuvre dans l'histoire du mariage, nous dévoile aussi un des fâcheux aspects du génie romain, trop souvent marqué dans son droit classique. Qu'Auguste ait eu le dessein d'entourer les gens mariés, mieux encore les époux devenus pères, d'honneurs publics, comme il l'a fait dans sa loi de *maritandis ordinibus;* qu'il ait fait chanter par Virgile, ou par Horace en ses bons jours, toute la vertu sociale des bonnes mœurs : là, l'idée était juste. C'était la base morale qu'il fallait raffermir. Et s'il lui eut été possible de restaurer ainsi le fond même des mœurs, sous l'empire d'une doctrine ou d'une croyance, il n'y avait plus qu'à compter sur le jeu naturel des affections et des forces humaines, pour remettre en honneur et en pratique le mariage et sa fécondité. Mais Auguste vieillissant eut la pensée de pousser plus loin en recourant à un autre mobile : l'intérêt, et le plus vil de tous, l'intérêt de cupidité. Comment a-t-il bien pu nourrir l'espoir de produire quelque effet de restauration morale et de régénération sociale, au moyen de pareils ressorts! C'est là ce qui nous confond aujourd'hui. L'erreur était grossière; mais encore vaut-il la peine de noter qu'elle tenait bien par certains côtés aux racines mêmes de ce génie romain, si positif et utilitaire. Les Romains, en effet, en organisant et développant tout leur merveilleux droit civil des temps classiques, n'ont-ils pas trop cédé en toutes choses et jusque dans leurs institutions matrimoniales, aux inspirations étroites et sèches de l'intérêt comme de la méfiance? Déjà je vous l'ai rappelé dans leur prohibition de dons irrévocables entre époux. Et nous le retrouverons, jusqu'au bout, dans tous leur droit de la dot et du Velléien. Nulle part cet esprit tout resserré d'affaires et de calcul ne s'est autant dévoilé que dans ce malheureux système des lois caducaires. — Ce sont

d'autres sentiments qui viendront animer et former notre coutume matrimoniale, bien supérieure, du moyen âge. Et nous aurons à nous demander plus d'une fois, si notre droit français n'a pas eu à pâtir, sur quelques points, de la renaissance de l'esprit romain mélangée à celle de son droit.

III.

Si la répression des mauvaises mœurs et l'exhortation légale aux unions fécondes ont formé les grands desseins d'Auguste, il a touché encore à d'autres points du mariage, toujours d'ailleurs dans la même pensée. Et j'ai encore à vous parler de ce qu'il a établi au sujet de *la fortune des femmes.* Là surtout sera la direction précise et durable donnée par lui au droit romain.

Pour soutenir toute l'institution du mariage, il importait aussi de mieux assurer la situation des femmes, et tout ce qui concerne leur dot. Leur garantir à toutes plus de sécurité pécuniaire, n'était-il pas aussi urgent que de mâter les indignes par les lois d'adultère? Il le fallait d'autant plus, que la législation d'Auguste devait leur faire un grief de rester filles, et même de ne pas se remarier après veuvage ou après divorce.

Que fit-il donc? Il n'était déjà plus romain d'épouser une femme sans dot. « *Vir indotatam uxorem non ducit* » (1). Et nous avons vu d'ailleurs combien l'idée d'une dot apportée au mari ressortait impérieusement de l'union *sine manu*, devenue la plus usuelle au temps d'Auguste. Mais comment assurer à toute femme cette dot si nécessaire pour se faire épouser? Pour un premier mariage, où elle débutait d'ordinaire comme *filiafamilias*, c'est au père qu'il appartenait surtout de l'établir. Or ce père avait la *potestas;* et sa fille, comme *alieni juris,* ne pouvait rien avoir en propre. Aussi,

(1) Cette idée revient souvent dans les comédies de Plaute. Et Cicéron dans son *de Officiis* n'a pas omis de classer parmi les devoirs de société, celui d'aider ses amis à doter leurs filles.

rien qu'en refusant de doter convenablement sa fille, sans paraître lui refuser le mariage même, un père pouvait la réduire au célibat et contredire à l'esprit des lois nouvelles. Auguste n'a pas manqué de prévoir cette grosse difficulté pratique. Dans un des chapitres des lois *Juliæ*, il avait fait inscrire, contre quiconque empêcherait injustement ses enfants de se marier, qu'il pourrait y être contraint par voie de justice (1). La conséquence devait être, en faveur des filles, une véritable obligation légale de les caser et de les doter. — Mais n'était-ce pas l'une des premières et plus graves atteintes aux traditions antiques de la *patria potestas?* Oui, ce semble et non moins profonde que toute l'institution du *peculium castrense;* puisque c'était toucher la *potestas* dans un de ses droits les plus intimes, que de livrer ainsi au magistrat tout l'examen des raisons, des sentiments ou des rancunes qui ont inspiré le refus du père. Auguste l'avait fait pourtant et dans un texte des plus larges, par volonté arrêtée en faveur des mariages. Avait-il dit expressément ce que je lui prête, que le père pouvait être contraint de fournir une dot raisonnable? Le fragment de Marcien laisse quelque doute en ce qu'il semblerait attribuer cette décision, quant à la dot, à une constitution de Sévère et de Caracalla. Je crois pourtant (et c'est bien l'impression du texte entier) que cette constitution n'a dû être qu'interprétative de la loi *Julia*, et que de bonne heure, la jurisprudence avait su tirer logiquement du texte même d'Auguste, cette obligation légale de doter (2).

La fille a dû être ainsi dotée par son père ou, si elle est *sui juris*, se constituer une dot, qu'il importait désormais de protéger. Nous sommes déjà à l'époque où cette dot est

(1) L. 19. D (23-2). « *Coguntur in matrimonium collocare et dotare* ».

(2) Il est d'ailleurs étrange que la *Corpus Juris* ne nous ait pas transmis plus de commentaires sur ce principe destiné à durer jusqu'en nos pays de droit écrit, et ne nous ait pas montré aussi comment on parvenait à le sanctionner, contre la résistance du père, aux premiers siècles de l'Empire.

restituable, de droit, en cas de prédécès du mari ou de divorce, et où il est d'usage de stipuler la restitution plus strictement encore. L'idée que la dot, quoique transmise en propriété au mari, doit compter aussi comme un bien de la femme, a commencé de se faire jour. Auguste va la développer, car il devait vouloir que ce recouvrement de la dot fut mieux assuré à la femme, et non laissé à la merci des actes du mari. Ne faut-il pas, si elle divorce ou devient veuve, qu'elle ait hâte et moyen de redevenir épouse, et mère s'il se peut? La question dotale revient toujours. Il est moins probable encore qu'elle sera épousée à nouveau sans dot. Et comme il serait dur de l'exposer, elle ou les siens, à refaire toujours une dot nouvelle, il importe de lui ménager, autant que possible, intacte sa dot originaire. Là est bien l'idée de ces premières mesures de sauvegarde dotale. « *Interest reipublicæ, mulieres dotes salvas habere propter quas nubere possent* », comme nous l'avons déjà vu dans le fragment de Pomponius. Qu'a donc fait Auguste? Il a décidé, dans la loi Julia, que le mari, quoique toujours vrai propriétaire de la dot suivant le système antérieur, ne pourrait plus aliéner valablement le fonds dotal sans le consentement de sa femme. A elle de se défendre, par un refus de concours, contre les aliénations dotales, en suite desquelles pourrait survenir ou s'aggraver l'insolvabilité du mari. Et vous pensez bien que si la femme est encore *filiafamilias*, le père est toujours là derrière sa fille, pour voir s'il y a lieu de consentir.

Mais Auguste n'a parlé que du fonds dotal et non de toute la dot. Pourquoi? Sans doute parce que c'était l'élément le plus solide et le plus facile à sauvegarder de la dot; parce qu'il entrait peut-être déjà dans les habitudes romaines de constituer de préférence en dot des *res soli* (1), comme de faire aussi les placements pour pupilles et mineurs en *prædia rustica vel suburbana*. Je ne puis m'arrêter

(1) Nous en trouverons un exemple remarquable dans le *Laudatio Turiæ*.

sur ce point. Mais c'est le professeur de droit coutumier qui ne peut omettre de vous faire entrevoir, en passant, que même dans le droit romain, c'est déjà notre idée, devenue traditionnelle, de l'importance des immeubles, comme objets principaux et plus consistants des fortunes, qui commence à se dégager. Et tout doit nous porter à croire qu'à partir de la loi d'Auguste, les familles prévoyantes durent songer plus encore à constituer le gros des dots sérieuses en fonds italiques, avant que Justinien n'imaginât son hypothèque légale pour la garantie des dots mobilières.

C'est Justinien qui nous a transmis d'autre part que la loi Julia, plus soucieuse encore de l'engagement par hypothèque que des aliénations du fonds dotal, l'avait interdit au mari, même du consentement de sa femme (1). On a discuté cette affirmation si lointaine de Justinien. Mais il semble bien avéré pourtant, nous l'allons voir, qu'Auguste s'est fort inquiété des engagements acceptés par la femme pour son mari, ce qui rend vraisemblable qu'il ait pu prohiber toute hypothèque du fonds dotal.

Ici vient donc se placer une dernière mesure prise par Auguste, et certes l'une des plus grosses d'avenir, en ce qui concerne les *intercessions* de la femme. Pour les aliénations directes, il semble avoir pensé qu'il suffirait de s'en remettre à la clairvoyance de l'épouse, qui, voyant le danger d'un sacrifice immédiat de ses biens, saurait se garder soit de concourir à l'aliénation du fonds dotal, soit d'aliéner d'elle-même ses paraphernaux. Mais saurait-elle assez résister à l'idée d'un sacrifice éventuel, consistant à ne s'engager que pour l'avenir par complaisance ou par bon cœur, pour un mari embarrassé? Saurait-elle se défendre contre toute ces combinaisons subtiles et variées d'intercessions, où un mari habile pourrait l'entraîner jusqu'à compromettre toute sa fortune extra dotale et même la reprise effective de sa dot! Auguste encore a vu clairement ce péril. Nous n'avons pas

(1) *Instit.*, L. 2, T. 8 pr.

sans doute de grandes indications sur ce point. Mais il est dit nettement au début des textes du Digeste, qui vont ensuite exposer le Velléien (1). « *Et primo quidem temporibus divi Augusti, mox deinde Claudii, edictis eorum erat interdictum ne feminæ pro viris suis intercederent.* Le voici donc qui, le premier, supprime toute intercession de la femme pour son mari, après que la coutume avait déjà interdit toute donation irrévocable entre les époux, coutume qu'il ne pouvait guère entrer dans son esprit de modifier. Tant il semblait nécessaire à cette époque de fonder les règlements de l'union conjugale sur des pensées de précaution ou de méfiance. — Il est vrai que la décision d'Auguste sur l'intercession, semble avoir disparu comme absorbée dans le Velléien, que nous retrouverons bientôt, sous Claude, défendant à toute femme, même non mariée d'intercéder en général pour autrui. Mais remarquons bien pourtant qu'Auguste avait ouvert la voie par cette mesure, qui tient si bien sa place dans tout l'ensemble de ses réformes. Et même il avait vu si juste que le Velléien n'a eu d'application principale et de véritable durée jusqu'à nous, qu'au sujet des intercessions faites pour les maris. C'est donc la pensée d'Auguste qui se fixera dans la construction du régime dotal, tel qu'il achèvera de s'édifier, dans la tradition romaine, par les mesures de Justinien.

Voilà tout ce que je trouve de capital à relever dans les réformes d'Auguste au sujet de mariage. On voit comme il s'en est préoccupé de tous points, et quelle importance ont prise ses mesures pour la direction ultérieure du droit pécuniaire des gens mariés. Il n'a pas craint de toucher au pouvoir du père de ne pas doter, comme à celui du mari de disposer en maître de la dot. Et qu'en est-il encore résulté? Ceci n'est pas décision d'Auguste, mais bien plutôt d'une jurisprudence nouvelle s'inspirant

(1) L. 2 pr. D. (16-1).

de ses lois : c'est que la femme, encore que *filiafamilias,* a été regardée comme ayant un certain droit propre et indépendant sur cette dot, destinée à lui servir de viatique. Veuve ou divorcée, la dot reste bien à elle, en ce sens du moins que le père ne saurait agir en restitution qu'avec son concours effectif, *adjunctà filia,* et qu'il doit la lui conserver pour quelque nouvelle union (1). Creusez l'esprit de cette jurisprudence, et vous y verrez bien que la dot a pris, pour la fille de famille, certains caractères d'un bien ou d'un pécule indépendant. Et sans vouloir aller jusqu'au bout de toutes les analogies juridiques, il me semble y voir établi, pour elle, quelque chose comme son pécule castrens ou quasi-castrens, en vue de sa grande fonction sociale et familiale du mariage. N'est-ce pas d'ailleurs ce que nous a dit Pomponius « *propter sobolem procreandam replendamque liberis civitatem?*

IV.

Pour conclure sur l'œuvre d'Auguste, il nous faut relever aussi ce qu'il n'a pas fait, j'entends ce qu'il n'a pas su ou pu faire, pour rétablir dans le mariage romain les données essentielles qui nous semblent dictées par la nature et par la raison. Considérées de ce point de vue, ces réformes nous semblent bien peu de chose, et parfois même conduites à contre-sens. Car il est visible qu'il n'a rien tenté de sérieux ou de solide : — ni pour régler la formation du mariage; — ni surtout, et tout au contraire, pour en prévenir l'abusive dissolution; — de même qu'il n'a rien fait, quant aux effets principaux du mariage, pour les mieux ordonner en véritable union conjugale. — Et les droits de la mère aussi nous paraîtront oubliés par lui.

Pour la *formation du mariage*, Auguste n'a presque

(1) L. 1 § 1 et 2 D (24-3).

rien fait que de lever quelques barrières entre ingénus et affranchis. Mais il n'a rien changé au principe que les mariages n'étaient, entre les familles et les deux époux, qu'affaire de simple consentement. L'intervention des *patres* et le *deductio in domum*, quelques cérémonies religieuses, quelques fêtes accoutumées continuent de suffire. Nulle solennité civile, nulle publicité, nul système de preuve organisés, même pour se reconnaître à travers ces mariages successifs devenus si fréquents. On s'étonne de cet oubli d'Auguste; et voici pourquoi. Nul n'a jamais affirmé aussi fortement que les mariages intéressent la cité au point que l'État peut indirectement vous y contraindre. Il aurait donc été judicieux et logique d'y faire dès cette époque intervenir la cité, au moins pour assurer sa conclusion régulière et publique ainsi que sa preuve. Il semblait même qu'avec la tolérance et l'admission du concubinat, quelque forme légale et précise devait s'imposer pour en mieux distinguer les justes noces (1). Auguste n'en a rien fait, peut-être parce que les mœurs et traditions immémoriales lui cachaient ce point de vue. Et après lui nul n'y songera dans l'Empire. Nous ne pouvons que le constater comme une grande lacune de la tradition juridique venue de Rome. Et il n'en sera que plus important de démêler comment, dans notre droit, ce principe de la célébration publique et de la preuve des mariages, qui nous paraît si essentiel et si simple, a pu parvenir, quoique tardivement et péniblement, à s'introduire.

Quant à la *dissolution* du mariage, Auguste n'a pas réformé davantage, puisqu'il n'a rien voulu pour restreindre la faculté des ruptures. Il nous semble bien aujourd'hui que pour atteindre son but d'une sérieuse restauration des

(1) C'est bien pour cela, qu'il y eut pendant des siècles tendance coutumière à faire de la constitution de dot et de la rédaction d'un *instrumentum dotale* le signe juridique le plus précis de la conclusion des *justæ nuptiæ*. C'est ce qu'on appellera au Bas-Empire les *tabulæ matrimoniales*.

mœurs, et même son but spécial de la fécondité des mariages, Auguste aurait dû songer à construire quelque forte digue contre le débordement des divorces. Car il n'est rien de tel, même au point de vue de la cité, pour attendre des fruits du mariage, que de lui donner de bonnes racines dans la conviction bien établie de la solidité et du respect d'un vrai lien conjugal. Mais cette société romaine était si imbue de son principe de l'union libre dans le mariage, qu'Auguste, loin de songer à y porter atteinte, n'a pas même reculé devant l'idée de donner une nouvelle impulsion légale au redoublement des divorces. Sans doute il a visé, par l'exigence des sept témoins du *repudium*, à gêner les ruptures d'irritation pure ou de caprice. Mais, ce qui est bien plus grave, c'est qu'à n'en pas douter, il a voulu comme imposer un motif nouveau de divorce ou de répudiation : celui de stérilité, au risque de désunir, en vue d'intérêts sordides ou de futiles préséances, des époux plus resserrés encore dans la commune épreuve de l'attente infructueuse ou de la perte prématurée de leurs enfants.

Avec de telles inspirations qui témoignent, quand on les analyse, d'un si singulier état de l'âme romaine, que pouvait bien faire Auguste pour rétablir, dans la conception du mariage et de ses effets, les vraies notions de l'*union conjugale,* soit entre les époux, soit envers les enfants?

Entre époux, il n'a rien fait pour incliner cette union *sinè manu*, désormais la plus usitée, dans le sens d'une association conjugale sainement entendue. La *manus* conservait du moins quelque idée de communauté morale entre mari et femme, puisqu'elle allait jusqu'à confondre leurs personnes et leurs biens, en absorbant juridiquement la femme par la puissance destinée au mari. Or le mariage *cum manu* n'avait pas entièrement disparu au temps d'Auguste. Il est étrange que le droit romain n'ait pas mieux songé à l'adoucir, cette *manus*, tout en la gardant comme plus humaine et naturelle, ainsi qu il a bien su faire de la *patria potestas* en la tempérant par les pécules, et autres moyens.

Était-il donc si malaisé de faire sortir d'une *manus* atténuée le principe d'une puissance maritale, combinée avec une communauté de biens? Ainsi la mère fut restée parente civile de ses enfants, sauf à lui conserver ses droits dans sa propre famille, comme le Préteur l'avait fait déjà pour les émancipés, comme Justinien le fera pour l'adopté. — Mais la réaction contre la *manus* était commencée depuis longtemps, nous l'avons vu, dans une autre direction. Il semble bien qu'il y avait déjà vers la fin de la République un courant très prononcé contre elle, et qu'elle était devenue rare. Du moins est-il visible que toute la législation d'Auguste, sur la dot et sur l'intercession, nous apparaît exclusivement conçue en vue du mariage *sine manu*, comme coutume acquise. Il était déjà trop tard pour modifier la *manus*, et je n'insiste pas davantage.

Mais qu'a-t-il fait du moins pour améliorer cette singulière union *sine manu*, qui s'était insinuée dans la pratique romaine, jusqu'à prévaloir. Rien ou à peu près rien, que de consolider juridiquement entre époux si peu solidement unis, les principes de séparation et de méfiance. Rien d'abord contre la *potestas* du père de l'épousée *filiafamilias*, contre cette puissance qui nous apparaît si gênante et presque choquante, quand elle s'exerce pendant le mariage à l'encontre du mari. Auguste n'a pas craint sans doute de l'atteindre, cette *potestas*, pour qu'elle n'empêchât pas la fille de se marier, et ensuite de s'adjoindre à la restitution de la dot. Mais, vis-à-vis du mari, chose étrange, il ne semble pas l'avoir diminuée. Si la femme a commis l'adultère, c'est son père qui seul peut la mettre à mort. Il peut se présenter comme accusateur en concours avec le mari. C'est le père aussi qui, en répudiant le mari, peut reprendre sa fille, et même malgré elle. La femme, si elle est encore *filiafamilias*, reste soumise de droit à son père et ne semble nullement dépendante de son mari. Toujours la *patria potestas* domine les *justæ nuptiæ* : voilà encore le droit d'Auguste; il ne changera qu'ensuite. Et rien n'in-

dique qu'il soit alors devenu fréquent de voir les pères émanciper d'eux-mêmes leurs fils ou les filles en les mariant; tant on était loin de nos principes qui veulent que le mariage émancipe de droit. — Nulle subordination légale, envers le mari, n'ayant été conçue pour l'épouse restée *filiafamilias*, il ne devait pas être question d'en concevoir ni d'en établir davantage pour la femme se mariant ou se remariant *suis juris*. Et pour elle c'est l'indépendance absolue qui se poursuit dans le mariage, et sans organisation d'intérêts communs. Bien loin de là, cette union des intérêts, Auguste n'a contribué qu'à y mettre obstacle, en les séparant ou les opposant davantage. N'est-ce pas lui qui a commencé d'interdire aux femmes de s'engager pour leurs maris, alors qu'il ne les empêchait pas encore de s'engager pour des tiers, et qu'il leur laissait libre disposition de leurs paraphernaux, sans autorité maritale. Sur un point cependant, il semblerait qu'il a visé à établir ce concours juridique de la femme avec le mari, devenu si habituel et si naturel en notre coutume française : c'est quant à l'aliénation du fonds dotal. Mais n'est-il pas évident qu'il a rendu nécessaire le consentement de la femme à cette aliénation, plutôt par méfiance du mari que pour permettre de lui venir en aide? Et bien plus sûrement encore, s'il est vrai qu'il a interdit ce même concours pour l'hypothèque du fonds dotal, comme pour les intercessions. Donc il n'y avait rien dans cette législation qui tendît à régler les rapports des époux dans un sens de vraie association. — Et d'ailleurs comment l'idée d'une communauté légale des intérêts aurait-elle pu venir à son esprit, dans ce mariage si fragile, quand il n'allait pas même songer à une véritable communauté des enfants?

Les enfants, les a-t-il du moins rapprochés de leurs mères, lui qui a tant voulu d'elles le mariage et la fécondité? Rien ne peut être constaté en ce sens dans les lois d'Auguste. Ce n'est pas lui qui a commencé de consacrer juridiquement, en face de la vieille coutume d'*agnatio*,

la vertu naturelle de ce premier et si haut degré de *cognatio*. Il ne paraît pas qu'il ait reconnu à la mère quelque droit véritable de contrôle maternel ou de garde, en face du mari ou même à son défaut. Ni tutelle possible de la mère, ni succession réciproque entre mère et enfant, ni même la dette d'aliments ne se laissent entrevoir à cette époque. Et l'on ne voit pas qu'Auguste ait donné à la mère quelque moyen de faire au moins un testament assuré, à l'avantage personnel de ses enfants, quand le père les garde en sa puissance, tandis qu'il a bien su déroger aux vieilles traditions de la *potestas* et du testament, pour sa création du *pecule castrens*. Ici donc je ne vois rien. Tout ce qu'il semble avoir voulu c'est que les femmes ne manquent pas de donner des enfants à leurs maris et à l'État. Et c'est pourquoi encore, il leur a concédé ce singulier *jus liberorum*, quand elles ont pu enfanter trois ou quatre fois. Ne l'a-t-il pas concédé d'ailleurs aussi bien aux mères non mariées, tant sa politique apparaît sur ce point, dans ses visées prolifiques, tristement dédaigneuse de la moralité et du juste souci de l'éducation même des enfants. — Mais le mariage, considéré en soi comme noyau de la famille, comme foyer des affections et des devoirs domestiques ; que le droit n'a qu'à prendre de notre nature même, pour le consacrer et le régler, contre nos passions et nos erreurs, en association durable et complète : ce n'est pas là encore l'esprit de la société romaine et du droit romain, au siècle d'Auguste. Ce grand réformateur du mariage et des mœurs n'a pas à cet égard devancé ni conduit son époque. Même en dehors des lois caducaires, l'ensemble de ses autres mesures est plutôt resté contraire aux saines notions de l'union conjugale. Tant il est vrai que le droit de Rome a eu peu le sens de cette institution fondamentale de la famille, et qu'il faudra de longs siècles pour qu'on s'achemine à une nouvelle et plus juste idée, venue surtout du Christianisme : les époux se mariant d'eux-mêmes et pour eux-mêmes, en vue d'un foyer indépendant, et d'une association irrévocable !

SIXIÈME COURS (*Fin*);

ET

Conférence sur des textes de l'époque classique.

Auguste a-t-il réussi dans sa tentative pour relever de son temps les mœurs et le mariage? L'histoire générale, celle du droit même, ont prononcé contre la plupart de ses réformes. Les lois caducaires semblent avoir mérité presque aussitôt une réprobation générale et durable. Et la loi *Julia de adulteriis* ne réussit à imposer aux Romains, ni une décence plus grande, ni sans doute plus de foi conjugale. Le désordre moral ne fait que s'accroître sous les successeurs immédiats d'Auguste, jusqu'aux règnes de Claude et de Néron. C'est l'époque où, par tous les témoignages connus, la licence des mœurs et la désorganisation du mariage sont montées à leur comble. Tacite, à lui seul, en dit assez sur le luxe, le désordre et l'audacieuse impudeur des dames romaines. On peut s'en rendre compte rien qu'en rapprochant des récits ou réflexions des historiens d'alors, le système des mesures prises contre les femmes qui s'abandonnaient aux esclaves. Or il semble bien qu'un tel spectacle ait compté parmi les causes de ce célèbre sénatus-consulte Velléien, voisin du sénatus-consulte Claudien, et qui vint développer, tranformer même l'idée première d'Auguste, en interdisant désormais à toute femme (mariée ou non mariée), d'intercéder valablement pour autrui.

Le texte même du Velléien, tel qu'il nous a été rapporté, montre que sa pensée n'a pas été seulement de protéger les

femmes contre ce qu'on est convenu d'appeler leur inexpérience ou leur faiblesse : *propter infirmitatem, vel levitatem animi, vel fragilitatem sexus,* ainsi que plusieurs romanistes l'ont prétendu. On a voulu autre chose encore : leur interdire de se mêler à la vie publique et judiciaire, où il était si ordinaire à Rome d'avoir à se porter : *fidejussor, expromissor* ou *procurator* pour autrui. Le sénatus-consulte le laissait entendre, quand il marquait expressément qu'il s'agit surtout de les exclure des *virilia officia* (1). Et il convient de le rapprocher de l'édit prétorien *de Postulando*, qui causé, nous dit-on par les excès d'une certaine Afrania « *improbissima femina* et *magistratum inquietans* », vint défendre aux femmes de postuler en justice pour autrui, « *ratio quidem prohibendi ne contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis, se immisceant, nec virilibus officiis fungantur mulieres* (2) ». L'époque de Messaline et d'Agrippine, où devait disparaître l'antique tutelle des femmes, n'est guère un temps où pouvait prévaloir l'idée exclusive d'une protection tutélaire de la faiblesse ou de l'incapacité féminine. Il y a tout lieu de croire qu'avec l'inquiétude des désordres du temps, et si près du sénatus-consulte Claudien, on donnait alors son sens plus naturel et plus sévère à l'expression si souvent répétée : *fragilitas sexus*. Ainsi compris comme mesure d'ordre public, le *Velléien* achève de nous faire comprendre toute cette époque.

A dater de Vespasien seulement, les historiens voient commencer quelque retour salutaire dans les mœurs. L'exemple meilleur donné par les empereurs eux-mêmes, et sans doute aussi quelque influence des provinces, réagissant contre les débordements de la capitale, ont ramené ce

(1) « *Quod ad fidejussiones et mutui dationes, pro aliis, quibus intercesserint feminæ, pertinet... quum eas virilibus officiis fungi, et ejus generis obligationibus obstringi non sit æquum*..... Défiance et protection résultent aussi bien de ce texte.

(2) L. 1. § 5. D (3-1). Valère Maxime rapporte aussi cet incident.

faible progrès. C'est du moins ce que Tacite nous laisse clairement entendre [1]. Le deuxième siècle, celui des Antonins, va connaître une suite de souverains, doués de caractère et d'intelligence supérieurs, qui doivent viser à établir pour tout l'Empire, avec la paix romaine, un droit tout ordonné et plus humain. Les Sévères continueront cette œuvre jusqu'au milieu du IIIᵉ siècle. C'est aussi l'époque de cette belle lignée de grands jurisconsultes qui ont élaboré le droit classique, en vue de l'Empire romain, mais en même temps pour les siècles à venir. Il nous faut donc rechercher à présent ce qu'Empereurs et Prudents ont fait pour cette institution du mariage qui avait tant besoin d'être régénérée.

CONFÉRENCE

Mais, auparavant, je voudrais ne pas m'en tenir à la suite des affirmations, réflexions et raisonnements que je vous ai exposés. Ainsi que je vous l'ai marqué dès le premier jour, il faut prendre soin de consulter et de manier les textes de plus près. Et je sens le besoin de vous mettre à même de vous servir des documents romains pour la double étude à la fois juridique et morale que nous nous sommes proposée dès le début. Il est nombre de fragments du Digeste, et d'autres textes encore, qu'il convient de savoir lire au point de vue de l'observation morale aussi bien que des analyses du droit. Je voudrais au moins vous donner quelques indications dans cette voie [2]. C'est donc maintenant une conférance et non plus un cours que je vais vous faire aujourd'hui. Recherchons ensemble, par quelques exemples, ce que les textes romaines, les textes du droit surtout, mais au besoin les témoignages d'historiens comme Tacite, ou les mo-

(1) *Ann.*, L. 3, nº 55.

(2) Il y a beaucoup à recueillir sur tout ce sujet, dans ce qui a été minutieusement recueilli à propos des mœurs romaines, soit par les auteurs allemands, comme Friedlander ou Mommsen et Marquardt, soit par les auteurs français, comme Dezobry et Henriot.

numents épigraphiques comme la *Laudatio Turiæ*, peuvent nous révéler de la pratique aussi bien que des lois du mariage en ces premiers siècles de l'Empire, réputés pour les plus beaux du droit romain.

§ 1.

Je voudrais commencer par une revue des *textes juridiques*, d'autant que nous somme accoutumés d'y chercher, d'y rencontrer plus de sûreté et de précision. C'est du reste une coquetterie naturelle aux juristes de songer presque à se suffire avec le Digeste et les quelques ouvrages conservés des Prudents. — Il y aurait une mine féconde à exploiter pour les romanistes qui songeraient à extraire du Digeste, à côté de l'appareil juridique, tout ce qu'il peut fournir de renseignements sur les sentiments, les idées et les mœurs de la société romaines aux premiers siècles de l'Empire. Quelle abondance de faits pratiques, rien que dans la suite des titres consacrés aux testaments et surtout aux legs! Mais nous ne devons songer qu'aux observations à recueillir sur le mariage. — Or en nous restreignant même à certains points, nous pouvons voir qu'il résulte clairement des fragments, venus à nous, des jurisconsultes.

1° Que les divorces étaient très fréquents aux temps classiques, au point d'être envisagés comme la cause la plus ordinaire de dissolution des mariages ;

2° Que les Romains, par suite, n'avaient pas le même sens que nous de la gravité et de la dignité du mariage ; ce qui se manifestait notamment : — par une facilité vraiment extraordinaire à divorcer pour se reprendre et se déprendre encore ; — par le peu de scrupule à se quitter pour le moindre sujet, voire même, ce qui est plus grave, pour maladie ou voyage ; — par toutes sortes de compromissions entre époux pour suppléer, par le ressort des calculs pécuniaires, à l'absence d'un lien véritable ; — sans compter le peu de souci du sort des enfants.

I

Sur la multiplicité extrême des divorces et répudiations, j'ai déjà cité nombre de témoignages. Mais pour le Digeste même, ce n'est pas au titre si bref *de divortiis* et *repudiis*, qu'il faut surtout regarder. Composé au temps de Justinien, à une époque où le divorce a été refréné dans les mœurs et dans le droit, ce titre ne contient que des indications rapides empruntées aux jurisconsultes, et principalement sur la forme si simple et si aisée des divorces, qui fut toujours maintenue même au Bas-Empire dans les cas de divorce ou de répudiation autorisés.

Là où il convient de chercher, c'est dans les divers titres consacrés à la dot, et surtout au titre : *Soluto matrimonio, dos quemadmodum petatur*. L'œuvre des Prudents sur la liquidation et restitution de la dot, Justinien ne pouvait s'en passer. Mais tandis que, de son temps, le mariage finira ordinairement par la mort, les jurisconsultes avaient, prévu surtout les règlements de dot pour les hypothèses bien plus fréquentes de divorce. Et Justinien a dû les prendre, avec leur hypothèse même, sauf à faire disparaître ce qui concernait les particularités précises de l'*actio rei uxoriæ* et des *retentiones*, par lui supprimées. Eh bien! rien qu'en parcourant ce titre *soluto matrimonio*, d'un bout à l'autre et dans le détail, vous vous convaincrez aisément que plus des deux tiers de ses fragments se réfèrent à des cas de divorce. C'était donc le mode de dissolution que, jadis, rencontraient le plus souvent les praticiens. Aussi, pour eux, quelle aubaine de liquidations venues par les divorces, avant celles produites par le décès! Si Rome avait connu des bureaux de statistiques, ils auraient enregistré chaque année moins de ruptures par décès que par divorce, d'autant que chacun pouvait au cours de sa vie divorcer plusieurs fois. Le titre de *donationibus inter virum et uxorem* peut servir aussi à témoigner de cette fréquence des

divorces, dont il est question à tout instant jusqu'au fragment d'Ulpien : « *plerique cum bona gratia discedunt, plerique cum ira sui animi et offensa* » (1).

Mais un texte topique et qui résume tous les autres, est le fragment de Paul qui forme la L. 240, D. *De verborum significatione*, et où il est question du sens et de la portée de la clause traditionnelle : « *Soluto matrimonio dotem reddi* » stipulée au jour du mariage. Un conseil de jurisconsultes en avait délibéré devant l'Empereur; et plusieurs d'entre eux considéraient que cette clause, dans l'usage, ne devait avoir voulu viser que le cas de divorce, mais non de décès. Le plus grand nombre, il est vrai, fut d'avis de l'entendre aussi du cas de mariage rompu par la mort; et l'Empereur prononça en ce sens, « pour que la dot ne restât d'aucune manière au mari ». Mais combien la pratique et la préoccupation des divorces devaient être constantes, pour que nombre d'esprits au temps de Paul et peut-être la tradition première, aient présumé ainsi que des époux, prévoyant la dissolution du mariage, avaient dû principalement prévoir leur divorce. Au surplus, nous retrouverons bien la même impression tout à l'heure, aussi nettement marquée, dans la *Laudatio Turiæ*.

II

Un divorce si facile et si fréquent ne pouvait qu'altérer la notion du mariage, en le rabaissant au niveau des pactes déchirables, en inspirant même la pensée de n'en faire qu'un jeu.

Aussi, pouvons-nous lire d'abord qu'il n'était pas rare de voir des époux divorcer pour se reprendre ensuite et parfois même à bref délai. Nombreux sont les fragments qui s'y réfèrent. J'en ai compté six, rien qu'au titre de *Jure dotium*, quatre ou cinq au titre *Soluto matrimonio*, etc.

(1) L. 32, §§ 11 et s., et L. 60 et 61, D. (24-1).

Et j'entends par là de vrais mariages renoués à nouveau après divorce en règle et liquidation accomplie. Car s'il n'y avait eu qu'une brouille (*jurgium aut fribusculum*), même avec signification de divorce promptement regrettée, les jurisconsultes tendaient à la tenir pour non avenue. Ainsi le rapporte Marcellus dans la L. 33, D. (*De ritu nuptiarum*) (1).

Rien n'empêchait d'ailleurs les divorcés de se reprendre pour époux, après avoir passé dans l'intervalle par un autre mariage. Et il n'était pas besoin que le mariage intérimaire eût été dissous par la mort. Rompre aussi bien cette seconde union pour revenir à la première, on le pouvait sous la seule influence de quelques remords, caprice ou regret. Javolenus nous en donne des exemples : (L. 64, D. *De jure dotium;* — L. 64, D. *De donat inter virum et uxorem*), en nous marquant en outre comment le premier mari pouvait parfois s'y prendre, pour ramener une épouse divorcée, avec de l'argent : « *Vir mulieri divortio facto, quœdam idcirco dederat ut ad se reverteretur* ». Ainsi renouée l'union n'avait pas toujours grande chance de durée; et quelque nouveau divorce pouvait la briser encore, sans nul obstacle de droit. C'est ce que raconte ce même fragment : « *Mulier reversa erat, deinde divortium fecerat* ». Javolenus en rapporte d'ailleurs une autre espèce : L. 66, § 5, D. *Soluto matrimonio*. Il nous marque aussi pour chacune d'elles, combien de telles liquidations de dots ou de donations avaient alors préocupé son maître Labéon, ou les autres grands juristes de cette époque : Trébatius, Proculus. Et si je vous rappelle leurs noms, c'est pour vous signaler en outre que ces fragments ayant été empruntés à Javolenus, datent précisément de l'époque désordonnée qui va d'Auguste à Néron.

Un tel usage des ruptures suppose bien que divorces ou

(1) V. aussi, L. 30 et 31, D. *De jure dotium*.

répudiations devaient provenir souvent de causes légères. Comment pouvait-il en être autrement avec le principe du *liberum matrimonium!* D'abord, par entente mutuelle, le divorce se pratiquait couramment, non pas seulement comme le dira plus tard Hermogénien : *ob sacerdotium vel etiam sterilitatem;* mais, à ce que rapporte Gaius, quand il semblait incommode de rester en mariage, à raison de vieillesse, de mauvaise santé ou de service militaire (1). Il paraît bien que beaucoup de dames romaines n'aimaient à rester ni garde-malades[1] ni femmes d'officier. Et Paul nous rapporte d'ailleurs l'exemple d'une femme qui, croyant l'état de son mari désespéré, avait pris soin de divorcer d'avance, non sans emporter maints objets à la dérobée (2).

Mais nous voici, par là, en présence du *repudium*, venu d'un seul côté. La tentation pouvait être plus grande encore, pour l'un ou l'autre époux, de rompre à son seul gré. La sanction, purement pécuniaire, était si faible, même contre ceux qui en abusaient! Encore peut-on s'imaginer les intrigues dues au désir de jouer au plus fin, pour rejeter sur l'autre l'apparence des torts, et gagner ou éviter les *retentiones dotis*. Car n'était-ce pas la seule question judiciaire qui put s'agiter autour du divorce?

Les maladies du corps suffisaient souvent, sans doute, à provoquer et justifier le *repudium* romain. Mais la folie ou la démence? Nous avons ici un long texte d'Ulpien (3), qui conclut par une distinction. Si la folie semble guérissable ou au moins supportable, celui qui répudie devra être considéré comme en faute, « *quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis casibus, mulieris maritum vel uxorem viri participem esse* ». Et l'on sent bien ici le progrès de la préoccupation morale, au temps des Sévères.

(1) L. 61, D. (24-1). *Sæpe enim evenit ut propter senectutem aut valetudinem aut militiam satis commodè retineri matrimonium non possit.*

(2) L. 21, pr. D. (*Rerum amotarum*).

(3) L. 22, §§ 7 et 8, D. (24-3).

— Mais pourtant si la folie du conjoint est dangereuse ou même trop rude à supporter, si elle menace de supprimer tout espoir d'avoir des enfants, oh! alors le *repudium* est admissible et l'on se contente de dire qu'il n'y a de tort pour personne : « *ut nullius culpâ videatur esse matrimonium dissolutum, neque in damnum alterutra pars incidat* ». Vous jugerez par là si ces grands jurisconsultes de Rome se faisaient, de tous points, une idée assez haute de la dignité et des devoirs du mariage, à travers toutes les épreuves de la vie.

Les fraudes et les compromissions entre époux devaient abonder sous un tel régime de mariage. Ici encore, les textes sont d'autant plus frappants que les jurisconsultes, en traitant toutes ces misères, ne semblent guère se douter ou prendre souci de leur gravité au point de vue moral, et n'expriment pas le vœu d'une loi plus ferme.

Les fraudes sans doute sont de tous les temps. Mais avec un tel système de divorce combien plus de facilités et de tentations! En voici une première conséquence : les divorces simulés pour se reprendre bientôt, en vue de tromper ou de frustrer soit des créanciers, soit ceux qui ont constitué la dot, soit le *paterfamilias* lui-même. Cè pouvait être encore un artifice pour se faire des donations irrévocables entre les deux mariages. On peut le suivre en des textes nombreux. Voyez seulement la loi 64 de Javolénus D (24-1), la loi 5, *De divortiis*, la loi 27 *De pactis dotalibus*. Et, sans doute, de nos jours, se rencontrent souvent aussi des séparations de biens, faites surtout par collusion. Mais encore faut-il l'intervention de justice pour prononcer même de simples séparations. Combien nous apparaît plus grave cette facilité romaine de se jouer ainsi du mariage lui-même, par simulation de divorce, pour des calculs tout pécuniaires relatifs aux dots ou aux donations!

Les soustractions entre époux, faites à l'entour de ces nombreux divorces, voilà encore une catégorie de fraudes

alors fréquentes! Vous serez vite fixés à cet égard rien qu'en parcourant le titre *De actione rerum amotarum.* Vols proprement dits, recels, dissipations frauduleuses par la femme au temps du divorce (1), rentraient dans cette action; sauf à éviter entre époux, *in honorem matrimonii*, l'action *furti* comme *turpis actio*, tandis qu'elle eût été donnée contre une concubine (2). Au surplus comme il pouvait arriver aux deux époux de se voler en même temps l'un et l'autre, on faisait au besoin compensation (3).

Mais voici ce que j'appelle les compromissions pécuniaires en vue de retenir ou de ramener, surtout par des chaînes ou des appâts d'argent, l'autre époux, la femme souvent, trop disposée à se soucier peu de ses devoirs et à pousser jusqu'au divorce. Déjà nous avons vu pour combien cette préoccupation des intrigues et des marchandages avait compté dans la prohibition des dons entre époux : *Ne venalicia essent matrimonia, ne concordia pretio conciliari videretur.* Mais j'en citerai quelques exemples. Ici c'est un mari centurion qui, pour se faire suivre au pays lointain de sa fonction, est obligé de promettre en bonne et due forme : *Ut mulier viri sumptibus, quoquo iret, veheretur* et qui sera d'ailleurs actionné pour n'avoir pas tenu sa promesse. (L. 26, § 3, D. *De pactis dotalibus;* et aussi L. 21, D. (24-1).)

Là c'est une mère, qui craignant pour son fils de le voir délaissé ou répudié par une femme plus jeune ou inconstante, prend soin de faire un fidéicommis en faveur de sa bru : « *Si cum filio meo in matrimonio perseveraverit* ». Celle-ci n'en divorcera pas moins d'ailleurs, *sine culpâ mariti*, après la mort de sa belle-mère. L. 101, § 3, D. (35-1).

Mais je trouve au titre des donations entre époux (L. 57), une espèce plus curieuse encore qui me semble une perle en son genre, et qui suffit à nous en dire long. Une dame romaine, peu ordonnée sans doute, est venue demander à

(1) L. 3, § 3, D. (h. t.).
(2) L. 17, pr., D. (h. t.).
(3) L. 7, D. (h. t.).

son mari quelque avance d'argent pour l'arrangement de ses affaires personnelles « *ob expediendas quasdam res meas* ». Elle a supplié son mari, et celui-ci s'est laissé toucher : *cum petenti mihi a te, domine carrisime, adnuerit indulgentia tua.....* Mais ce mari sans doute avait quelque raison de craindre l'inconstance de sa femme plus encore que la perte de son argent. Et voici ce qu'il a imaginé : c'est, en remettant la somme demandée, de bien convenir qu'elle sera gardée comme donation, si la femme s'abstient de le répudier ou de le forcer à un *repudium;* mais que, par contre, elle devra être rendue comme prêt « *si per me meosque mores quid steterit, quo minus in diem vitæ nostræ matrimonium permaneat, sive invito te discessero de domo tuâ vel repudium tibi sine ulla querela misero, divortiumque factum per me probabitur* ». Ainsi le mari a bien pris toutes ses précautions. C'est un billet en règle, signé par sa femme, qui nous rapporte tous les termes de cet arrangement. Mais le pauvre homme n'a pu d'ailleurs échapper au *repudium*. Paul nous expose qu'il fut consulté sur ce billet. Il dut répondre, en droit, que la femme aurait eu à restituer de toutes manières : ou comme donation prohibée, et *quatenus locupletior facta*, si elle était restée sans reproche; ou intégralement et sans délai, a dans l'espèce, à titre de *mutuum,* pour avoir failli, suivant la condition par elle acceptée. — Mais à coup sûr, ce n'est pas l'analyse juridique qui doit le plus nous intéresser dans ce singulier texte, même nous autres juristes! Que penser d'un pareil acte passé entre mari et femme à titre d'acte régulier, puis soumis à ce grand jurisconsulte et discuté par lui, sans sourciller, comme un acte tout ordinaire. Et qu'est-ce que l'union conjugale ainsi comprise : est-ce un mariage ou n'est-ce qu'une liaison? Certes les compromis d'inquiétude ou de faiblesse conjugale peuvent être de tous les temps. Mais concevrions-nous aujourd'hui qu'un semblable arrangement put être conclu entre deux époux, pour être porté devant la justice! L'admettrions-nous même comme acte

valable dans un faux ménage, où l'amant se croirait réduit à retenir ainsi sa maîtresse, et ne verrions-nous pas apparaître aussitôt la nullité pour cause illicite? Ainsi ce beau principe du *liberum matrimonium* s'accompagnait souvent du *venale concordium* (1). Voilà bien ce que les textes peuvent nous montrer.

Il avait encore, par le jeu de ces divorces si abusifs, bien d'autres conséquences en ce qui concerne les enfants. J'y reviendrai; mais les lois d'alors et les jurisconsultes ne semblent guère se préoccuper d'eux, si ce n'est au sujet des avortements, des infanticides, des dissimulations de grossesse, qui devaient suivre un pareil système. — L'*abortus*, semble avoir été fréquent dans cette société romaine, et impuni, comme voulu par les deux époux. Mais ne pouvait-il pas être risqué par la femme qui voulant divorcer, craignait la *retentio dotis propter liberos?* Ecoutez ce texte de Paul, rapporté aux fragments du Sinaï « *Ibi late Paulus ait de matre quæ abortum fecit, quod quæ invito marito fecit, punitur sexta dotis, quasi pepererit* ».

Quant aux grossesses qui pouvaient être fréquentes à l'heure de ces divorces capricieux, quant aux débats de toute sorte qui en pouvaient surgir, on n'a qu'à se reporter à ce titre étrange et rebutant « *De inspiciendo ventre custodiendoque partu* » pour se faire une idée des sentiments romains à cet égard, en même temps que des singulières précautions de l'édit du préteur. Je ne saurais insister davantage. — Et ne croyez pas que je songe à vous signaler toutes ces misères, dans l'unique pensée de vous montrer les côtés faibles du droit romain. Je pense à la loi de 1792, que nous retrouverons en histoire, et qui sembla vouloir nous ramener presque au divorce du droit classique. Toute l'expérience romaine vaut d'être notée pour voir s'il convient de se rapprocher du *liberum matrimonium*.

(1) Le mot même est de Papinien. L. 27, D. *De pactis dotalibus*. Et de lui encore la L. 121, § 1, D. (45-1).

§ 2.

Il serait possible, et toujours à l'aide du Digeste, d'ajouter bien d'autres traits au tableau des mœurs romaines quant au mariage. En dehors de toute la suite des titres aux trois livres 23 à 25, combien à prendre au seul titre *ad legem Juliam de Adulteriis!* Combien aussi, et moins attristants, dans bon nombre de clauses testamentaires qui témoignent de constance, de tendresse et de sollicitude affectueuse entre les époux, ou vis-à-vis des enfants.

Je ne voudrais plus maintenant que deux choses, sur tout ce sujet du mariage envisagé jusqu'au deuxième siècle : 1° Vous montrer, en dehors du Digeste et par quelques récits d'histoire, jusqu'où put aller l'abus d'un régime de mariage si mal conçu; 2° mais vous montrer aussi, par d'autres exemples, que les Romains, en dépit de leur système extraordinaire de la *patria potestas* et du mariage *sine manu*, pouvaient connaître et pratiquer les vraies notions de l'union conjugale, si bien qu'il demeure étrange à nos yeux qu'ils ne l'aient pas mieux traduit dans leur droit.

I

Les témoignages d'abus, je ne voudrais les emprunter ni à Juvenal, ni à Pétrone, ni même à Martial. Ce qu'ils en disent est noté partout. Leurs citations seraient ici peu à leur place. D'ailleurs des satiriques sont toujours suspects d'hyperboles. Il est mieux de s'en tenir à Tacite, qui est un plus grand peintre, et que nous pouvons considérer comme un historien sincère, encore que sévère et passionné. J'ai d'ailleurs une autre raison capitale pour choisir et invoquer Tacite, à cette heure. C'est lui que nous retrouverons bientôt comme nous ayant transmis le témoignage, de beaucoup le plus important de l'antiquité, sur les mœurs et coutumes primitives des Germains. Nous saisirons

mieux alors sa pensée. Et j'ai besoin de vous rappeler Tacite, spectateur attristé de la société romaine de son temps, pour vous faire comprendre Tacite observateur un peu enthousiaste peut-être des choses de Germanie. Je pense d'ailleurs que vous sauriez beaucoup entendre de Tacite.

Il faut nous borner à y prendre quelques passages se rapportant au jeu des institutions du droit. J'ai déjà noté sa critique des lois caducaires (1). On pourrait noter aussi, en dehors de ses réflexions sur les excès du luxe (2) et la licence des théâtres, le peu qu'il nous dit du sénatus-consulte Claudien qui ne semble pas l'avoir ému (3). Mais déjà quel trait de mœurs dans ces mesures prises au temps de Tibère pour interdire aux dames romaines « *ne quæstum corpore faceret cui avus aut pater, aut maritus eques romanus fuisset* », alors qu'une certaine *Vistilla,* de famille prétorienne et femme d'un *Titidius Labeo,* pour se mettre à l'abri des accusations d'adultère, avait poussé l'audace jusqu'à se faire inscrire par les édiles sur le registre des femmes publiques « *licentiam stupri apud ædiles vulgaverat* (4) ».

Venons à des passages plus importants que tous les autres, à ceux qui concernent la fin de Messaline et le nouveau mariage d'Agrippine avec Claude. Quoiqu'il s'agisse des princes, nous n'y trouvons que des affaires et désordres privés, qui nous renseignent sur ce qui pouvait se commettre dans la haute société romaine, et à l'abri du droit, sinon du blâme des contemporains et de l'histoire.

Messaline impératrice, et en présence de Claude, vient de

(1) Ann. L. 3, n° 25. *Nec ideo conjugia et educationes liberorum frequentabantur, prævalidâ orbitate.* Et ailleurs Hist. L. 1, n. 73, parlant de cette *Crispinilla* naguère *magistra libidinum Neronis...* il ajoute : *mox potens pecunia et orbitate, quæ bonis malisque temporibus juxta valent,* elle épousa un consulaire, et « *totius civitatis gratiam obtinuit* ».

(2) L. 3, n. 52 et s.

(3) L. 12, n. 53.

(4) L. 2, n° 85.

rêver une dernière et plus éclatante bravade. En pleine Rome, elle a résolu d'épouser son amant Silius, le plus beau des Romains de son temps, qu'elle avait déjà contraint de divorcer (1). Les noces se réalisent, et Tacite nous rappelle d'un mot qu'on n'omit rien des formalités en usage pour attester solennellement le mariage, contracté en vue des enfants, comme pour accomplir les cérémonies religieuses et les fêtes (2). On aura peine à croire que cela ait éte possible à Rome, ajoute-t-il ; mais « je ne fais que redire ce que nos anciens ont vu et écrit ».

Mais que devient Claude? Il est à Ostie. Ses affranchis sont prévenus avant lui et s'inquiétent moins pour l'honneur de leur patron que pour leur crédit. Ils avertissent Claude, et c'est Narcisse qui commence : « Sais-tu bien, dit-il, que tu es répudié? « *An discidium, inquit, tuum nosti? nam matrimonium Silii vidit populus et senatus et miles; ac ni propere ages, tenet urbem maritus* ». Cette fois Claude rendu plus audacieux par sa frayeur, fait tuer Messaline et Sitius (3).

Mais il fallait remarier Claude (4). Il réunit en conseil privé ses trois affranchis dont chacun avait sa protégée, et leur demande leur avis et leurs raisons. Nouvelle mine de renseignements sur les mœurs romaines (5). Un conseil n'est pas ce qui doit nous étonner dans les mariages princiers. L'histoire nous les montre souvent délibérés par le souverain avec ses ministres, quand il s'agit de combinaisons politiques. Mais ici quelles raisons toutes domesti-

(1) XI, n. 12 *: Nam in Silium, juventutis romanæ pulcherrimum ita exarserat, ut Juniam Silanam nobilem feminam matrimonio ejus exturbaret vacuoque adultero potiretur* ».

(2) L.XI, n. 27 *: Adhibitis qui obsignarent velut suscipiendorum liberorum causa convenisse, atque illam auspicum verba subisse, sacrificasse apud Deos, discubitum inter convivas, etc.*

(3) L. XI, n. 30 et s.

(4) L. 12, n. 1, *orto apud libertas certamine « quis deligeret uxorem Claudio, cœlibis vitæ intoleranti et conjugum imperiis obnoxio.*

(5) L. XII, n. 2 et s.

ques et étranges apportées dans ce débat! Narcisse alléguait en faveur de Petina que c'était une ancienne épouse de Claude qui n'aurait pas des haines de marâtre envers Britannicus et Octavie « *nihil in penatibus ejus novum si sueta conjux rediret* ». Mais Calliste objectait contre elle ce long divorce, et l'orgueil que lui donnerait son rappel. Et il conseillait de prendre une femme nouvelle Lollia, qui, n'ayant jamais eu d'enfants, servirait de mère à ceux de Claude. Pallas prônait Agrippine, comme fille de Germanicus sans doute, et amenant avec elle son fils Néron : « *dignum prorsus imperatoria fortuna* »; mais aussi, comme femme d'une fécondité éprouvée « *femina expertæ fecunditatis, integra juventa* ». Mieux que ces belles raisons, les séductions d'Agrippine achèvent de l'emporter. — Il restait pourtant un grave obstacle, puisqu'elle était la nièce de Claude.

Le Sénat fut séduit, une loi moins sévère,
Mit Claude dans mon lit et Rome à mes genoux.

Et certes la délibération du Sénat, rapportée par Tacite, pourrait nous instruire encore sur ce singulier état des sentiments romains, même après celle des affranchis. On peut relire à cet égard tout le discours de Vitellius (1).

Voilà je pense de quoi nous édifier sur ce qu'avait pu produire, comme notion et comme pratique du mariage, tout ce mauvais système de l'institution romaine des *justæ nuptiæ*, n'ayant nulle digue, et laissant tant de prises au relâchement, puis au dérèglement des mœurs.

—

II

Est-ce là pourtant tout le souvenir qu'il faut garder du mariage romain aux temps de Cicéron et d'Auguste, ou même de Claude et de Néron? Non, le désordre des mœurs et la

(1) L. XII, n. 5 et 6.

licence des divorces ne devaient pas être poussés aussi loin dans les provinces, surtout celles de l'Occident, où la vie était plus simple loin de la capitale, et où rien ne nous permet d'affirmer qu'il existât, alors, un système d'union aussi défectueux que les *nuptiæ sine manu*. Et dans l'Italie, dans Rome même, il subsistait, par la seule force des sentiments et de la conscience, de véritables unions conjugales honorées pour leur fidélité, leur dévouement et même, chose alors plus rare, pour leur constance. Tacite en laisse entrevoir ou deviner quelques-unes, quoiqu'à cette époque dissolue et dramatique, il nous présente plutôt des héroïnes Cornéliennes que de simples épouses et de vraies mères. Celles-ci d'ailleurs occupent moins l'histoire.

Il y avait aussi des unions parfaites. Et nous en pouvons rencontrer un très bel exemple dans cette *Laudatio Turiæ,* l'un des plus précieux documents de l'histoire du mariage romain. Je voudrais y insister et l'analyser, parce qu'à mon sens, il nous montre à vif, chez les Romains eux-mêmes, la présence et le jeu de tous ces sentiments d'entente et de communauté agissante, si naturels entre les époux. Vous sentirez qu'ils auraient dû conduire les Romains à des coutumes et des lois matrimoniales voisines des nôtres, s'il avait existé en fait un plus grand nombre d'unions semblables, et si de telles unions n'avaient pas été comprimées dans un système d'institutions bâties contre nature.

Vous vous procurerez le texte aisément (1). Ici je n'en dois prendre que ce qui est utile à notre dessein. On est sous le règne même d'Auguste. Un personnage romain, qu'on suppose avoir été Lucretius Vespillo, vient de perdre après une longue union Turia, son épouse. Dans son deuil et sa douleur sincère il s'est fait un devoir de rappeler les principaux événements de leur vie conjugale, surtout ceux qui sont à l'honneur de sa compagne. C'est son éloge funèbre qu'il prononce, et peut-être l'avait-il composé pour le dire

(1) V. notamment aux Textes de Girard, 3ᵉ partie.

publiquement au milieu d'amis, avant de le faire graver sur le tombeau qui nous l'a rendu (1).

Vespillo commence par rappeler les événements de famille qui ont précédé leur mariage ou qui en ont suivi les débuts. Nous y trouverions, à travers des passages tronqués, nombre d'indications précieuses sur des questions de testament, de tutelle légitime, *de manus* même, à propos d'une sœur de *Turia*. Laissons tout ce qui ne saurait se rapporter à son union, à elle, et à la pratique de cette union *sine manu*.

Leur mariage a duré 41 ans. Et voici d'abord l'exclamation publique du mari, bien caractéristique de cette époque : *Rara sunt tam diuturna matrimonia finita morte, non divortio interrupta* Durant cette longue union, Turia n'a cessé d'être une épouse modèle, ornée de toutes les vertus domestiques, « assidue même à filer la laine, religieuse sans superstition », et admirable d'affection aussi bien pour la mère et les parents de son mari que pour les siens propres. Ainsi donc première communauté entre eux, celle de l'existence entière et des affections, qui s'affirme comme naturelle même envers leurs cognats, en dépit des prérogatives juridiques de l'agnation.

Elle va les conduire à une autre communauté, celle des intérêts; (car Vespillo a cru bien de divulguer, à la louange de sa femme, tous ces précieux détails domestiques). Ils ont joui de leurs biens en commun (2). Quoique Turia eut sa fortune à elle (ses paraphernaux), elle les a laissés sous la main de son mari. Elle n'a rien acquis même, sans le lui remettre. Et comment se sont-ils partagé la tâche? « *officia ita partiti sumus ut ego tutelam tuæ fortunæ gererem, tu meæ custodiam sustineres* ».

(1) V. à cet égard, l'étude de Martha : « L'Eloge funèbre chez les Romains ».

(2) « *Omne tuum patrimonium acceptum a parentibus communi diligentia conservavimus* (et ailleurs) : *neque patrimonii nostri, quod ad huc fuerat commune, separationem facturam* ».

Et voici plus encore, la communauté, d'action juridique! Turia avait de son côté des nièces qu'on avait recueillies dans la maison pour les élever. Il a fallu les marier; et les deux sœurs se sont entendues pour les doter. Qu'ont fait les maris? Ils accèdent à tout. « Ils autorisent », dirions-nous, « *probantes liberalitatem* ». — Et même pour ne rien aliéner ou grever de la fortune de leurs femmes, ils donnent ou ils avancent leurs propres fonds en dot : *nostraque prædia in dotes dedimus* (1). Voilà donc bien l'harmonie des sentiments et la conduite toute simple d'un vrai ménage où la pente est si naturelle vers l'association et communauté, avec direction et autorisation maritale. Que faisait donc le système romain avec son principe d'indépendance réciproque; de séparation d'intérêts et de comptes, que la législation d'Auguste ne devait qu'accentuer et aggraver plus encore!

Mais les épreuves sont venues; et c'est aux épreuves, mieux encore, que se reconnaissent les bonnes et solides unions. Deux sont rappelées. — La première a témoigné du courageux dévouement de Turia quand son mari, qui avait été du parti de Pompée, fut sauvé par elle de la fureur de Lépide. Auguste d'ailleurs lui avait pardonné, et Vespillo ne manque pas de rendre hommage à la clémence d'Auguste et à la paix générale qui fut son œuvre. — L'autre épreuve intéresse davantage l'observation des mœurs et le droit privé. Les beaux jours étaient revenus. Mais à cette union parfaite il manquait des enfants. Les avaient-ils vainement attendus, ou perdus prématurément? Nous ne savons au juste; mais voici qui va bien nous peindre les Romains et, dans leurs sentiments et leurs mœurs, une idée du mariage que nous aurions peine à comprendre.

Des enfants! Turia n'en espère plus. Elle s'en désole pour son mari. N'y a-t-il là qu'une peine intime, ou déjà quelque souci des mesures d'Auguste au sujet des préro-

(1) C'est un indice de ce que j'ai observé plus haut que les dots étaient autant que possible constituées en bien-fonds.

gatives réservées aux *patres* et des inconvénients de l'*orbitas?* Toujours est-il qu'elle est venue un jour lui proposer le divorce pour lui permettre de prendre une autre épouse, de qui attendre la fécondité. Et quel divorce! Non pour le fuir ou même le quitter, mais pour rester dans la maison, y prendre comme un rôle de sœur ou de belle-mère avec ses biens toujours laissés en commun. Voilà certes du dévouement et du sacrifice! Mais quelle singulière forme de sacrifice à nos yeux! Joséphine en face de Napoléon n'a jamais pu se faire à la même idée, quoiqu'il s'agit pourtant de haute raison d'État. Et l'on ne peut guère concevoir l'offre de Turia, si généreuse qu'elle soit, sans observer qu'elle suppose une bien faible notion des liens du mariage.

Vespillo l'a repoussée avec indignation. L'amour et la gratitude l'ont jeté tout hors de lui à cette pensée : « *agitari divortia inter nos ante quam fato dicta lex esset, ... quare viva desineres esse mihi uxor quum*, *poene exule me, vita fidissima permansisses* ». Puis, comme il l'ajoute en vrai langage de Romain, positif et pratique : « *Quæ tanta mihi fuerit cupiditas aut necessitas habendi liberos, ut propterea fidem exuerem et mutarem certa dubiis?* » Ainsi l'union est demeurée parfaite, mais stérile, jusqu'à la mort de Turia.

Mais ne vous vient-il pas, comme à moi une objection ou une réflexion! Et l'adoption romaine! Comment donc ces époux si unis, au lieu de parler de divorce n'ont-ils pas songé à l'adoption d'enfants faite par Vespillo, et dont ils auraient joui sans se désunir. N'était-ce pas l'occasion de voir apparaître cette adoption, que les textes romains nous ont habitués à croire si utile et si fréquente? Il n'en est rien dit entre Vespillo et Turia. Faut-il l'attribuer aux mesures d'Auguste, qui s'annonçaient, et qui ne devaient pas se contenter d'enfants adoptifs pour faire des *patres,* honorés et enrichis comme tels. Je ne sais. Mais nous comprenons aussi que l'affection du cœur ne saurait se porter d'ordi-

naire vers l'enfant d'adoption comme à celui qu'on tient de son sang. Napoléon ne put jamais se résoudre à user de son Code et adopter son beau-fils Eugène de Beauharnais, malgré toute l'amitié et l'estime qu'il avait pour lui.

Encore un mot sur cette *laudatio Turiæ*, mais pour toucher comme elle à une question plus grave et moins juridique, quoiqu'elle domine pourtant les inspirations du droit matrimonial. C'est sur la conclusion même et le suprême adieu. Je le traduis : « Tu m'as devancé dans la mort, me laissant seul, sans enfants, avec tout le regret de l'avoir perdue. Je tâcherai de me pénétrer toujours de tes pensées. Mais que tout cède à cette heure devant ta louange qui doit témoigner de mon désir de consacrer l'immortalité de ta mémoire. Tout le fruit de ta belle vie me restera. Appuyé sur le souvenir de tes actions et de ton cœur, je résisterai à la fortune, qui ne m'a pas tout ravi, puisqu'elle me permet de grandir ta mémoire par cet éloge funèbre ». C'est là tout ce qu'il trouve d'accents, du reste vraiment romains, et dont quelques-uns ne sont pas sans grandeur. Puis après ce vague effort d'aspiration supérieure, il retombe en expressions plus vagues de découragement et de résolutions qui, dans le texte tronqué, semblent incohérentes; et il termine enfin par ces vœux : « Que tes Dieux Manes te gardent en paix et te protègent! »

Ainsi nulle croyance à l'immortalité de l'âme, et pour des époux si unis, nul désir, nul espoir de se retrouver en une autre vie. Rien, comme pensée pieuse, que la fidélité du souvenir et cette vague immortalité de la mémoire confiée à des inscriptions funéraires, sur une belle tombe, ainsi qu'on le voit encore au testament de Dasumius. Tout autre sera le langage de nos simples et touchantes disposition de l'ancienne France, où la pensée d'une communauté future agira encore sur les époux pour reserrer le lien conjugal et toutes leurs commautés terrestres. Mais d'où et comment est venue cette pensée? Si nous regardons à la date de cette *laudatio* sans espérance, nous pourrons observer qu'à

deux ou trois années de là, dans l'Empire même, le Christ naissait à Bethléem, et venait apporter au monde, la nouvelle croyance et la direction morale, qui devaient ébranlèr puis renverser tout ce droit matrimonial romain, si défectueux!

SEPTIÈME COURS

Le mariage à l'époque des Antonins et des Sévères.

Cette direction meilleure serait-elle venue autrement, d'une simple réaction de la raison humaine, à la suite d'un relèvement spontané de la pensée publique et des mœurs, guidé par la philosophie des Sénèque et des Marc-Aurèle? Restauration morale qui aurait provoqué et soutenu quelque réforme matrimoniale due aux empereurs.

Ce n'est là qu'un des aspects d'une des grandes questions de l'histoire, puisqu'il s'agit de déterminer ce qui, dans les derniers siècles de Rome, pourrait être prétendu par la raison civile ou doit être attribué au christianisme. Je ne saurais prétendre l'envisager ici dans toute son étendue, quoique nous serions à même, nous autres juristes, d'apporter dans cette question, par nos études et analyses du droit romain, des éléments que les purs historiens ou littérateurs ne peuvent pas toujours aussi sûrement trouver ou employer. — Voyons donc à cet égard ce que peut nous fournir l'examen du droit classique au temps des Antonins et des Sévères, du moins en ce qui concerne les progrès accomplis dans l'organisation du mariage et de la famille; car il est bien d'autres questions, comme l'esclavage, où il n'est pas de notre sujet d'examiner le peu qu'a su faire le paganisme.

Il est avéré, d'après beaucoup de témoignages, que dans Rome même, à partir du siècle d'Auguste et à la suite de Cicéron, s'était produit comme un renouveau de philosophie. La noble science des Grecs avait, sans doute, pénétré

à Rome peu après la conquête. Le souvenir des discours de Carnéade s'y était toujours conservé. Mais ce n'est pas la philosophie grecque, en ses hautes spéculations tournées si volontiers vers la métaphysique, que les Romains ont surtout goûtée pour eux-mêmes. Il a été remarqué depuis longtemps qu'ils se sont fait leur vrai domaine, plutôt dans la philosophie pratique ou morale, celle qui se propose d'agir ou d'influer directement sur la conduite humaine. Un but visible et positif avant toute chose : c'était bien dans le génie politique des Romains qui, en créant et perfectionnant leur droit civil, pouvaient sentir la nécessité ou l'utilité, pour gouverner les hommes, de lui adjoindre une morale nettement tracée et largement répandue. Le traité « *Des devoirs* » de Cicéron n'en est-il pas resté l'un des premiers et le plus mémorable exemple, avant les nombreuses compositions morales de Sénèque? — Mais le mouvement ne s'est pas borné aux écrits provenus des diverses écoles, et surtout de l'école stoïcienne. On sait de source certaine, par Sénèque lui-même, que dès le temps de sa jeunesse, et sous Auguste, pouvaient s'entendre à Rome, en conférences publiques, des professeurs ou prédicateurs de morale, visant à orienter et diriger vers le mieux, aux seules lumières de la raison, cette société demeurée sans croyances, et exposée à toutes les influences et tentations d'une capitale (1). Sénèque même, semble s'être fait connaître comme moraliste actif, avant d'être choisi, sans doute à ce titre, pour précepteur de Néron. Dès l'époque de la grande orgie romaine s'était produit une réaction philosophique à tendances morales, qui, se continuant après Sénèque, ne pouvait demeurer indifférente aux Empereurs et aux Prudents (2). Elle peut servir

(1) L'ouvrage de Valère Maxime pourrait bien avoir été composé comme une suite de conférences de morale, illustrées de « faits et paroles mémorables ».

(2) Ces moralistes paraissaient si bien importuns aux viveurs de l'époque, que le Trimalcion de Pétrone, composant son épitaphe de parvenu, la terminait par cette dernière vanterie : « *Nec unquam audivit philosophum* ».

à expliquer certains caractères du progrès juridique aux temps des Antonins et des Sévères. On en suivrait la trace, surtout dans quelques fragments de Papinien ou d'Ulpien. Et nous y trouvons la confirmation de l'idée que la direction intellectuelle et morale, pouvant influer grandement sur le droit, doit faire partie de son histoire.

J'observe seulement qu'à lire les écrits que, seuls, nous possédons, et notamment ceux de Cicéron ou de Sénèque, il est visible qu'ils ont bien peu songé à retracer une doctrine ou une morale, sur le mariage même. Le *de officiis* ne nous dit rien des rôles et des devoirs de l'union conjugale, ni au sujet des époux, ni au sujet des enfants. Sénèque a pu railler les épouses inconstantes et friandes de divorces, ou louer dignement de nobles veuvages. Mais la réforme morale du système des *justæ nuptiæ* et le principe du divorce n'ont pas fait l'objet de ses spéculations, non plus que de Marc-Aurèle. — Saint Paul à la même date, bien avant même les Pères de l'Eglise, s'y portera d'emblée et tiendra un autre langage. Tant il reste vrai que, jusqu'au bout, le sens et le vrai souci du mariage semblent avoir manqué à cette antiquité païenne, malgré tant de lumières et de grandeurs (1).

I

Eh bien ! Qu'ont-ils donc fait, en droit, pour les institutions matrimoniales, ces remarquables empereurs du IIe et de

(1) Plutarque, au commencement du IIe siècle, a bien écrit son opuscule des « Préceptes conjugaux » dédiés à deux jeunes époux. Mais à côté de quelques bonnes réflexions sur leurs devoirs mutuels ou respectifs, combien d'anecdotes singulières ou de réflexions sceptiques, à la manière de Montaigne ! — L'indécence païenne, si déplacée dans une semblable épître, se manifeste dès les premières paroles où il parle d'imiter le chant de l'*Hippothorus*. Et le manque de gravité se poursuit dans de continuelles comparaisons du mari et de la femme, soit avec le Soleil et la Lune, avec les animaux, ou les diverses notes d'un concert, le vin et l'eau, etc. — Et d'ailleurs, au milieu de tous ces « préceptes », rien contre le divorce, ni aucune direction précise pour le Droit.

la première moitié du IIIe siècle, soutenus et secondés par les grands jurisconsultes de Rome, depuis Julien et Gaïus contemporains d'Adrien, jusqu'à Papinien, Paul, Ulpien et plus tard Modestin qui sont du temps de Sévère?

Nos mêmes questions reviennent toujours. — Pour améliorer *la formation même du mariage*, rien de précis à signaler. Nulle mesure n'a été prise par ces grands administrateurs pour organiser une forme civile des mariages dans leur Empire. Marc-Aurèle qui a, dit-on, veillé à faire enregistrer les naissances, n'a pas songé de même à établir des registres publics pour constater mariages et divorces. Et l'on reste toujours, même de son temps, sous l'empire de cette donnée, que le mariage, n'impliquant aucune solennité juridique, était entre tous les accords civils l'un des plus aisés à conclure comme le plus facile à dissoudre. — Tout ce qui peut être dit pour cette époque, c'est que l'idée s'affermit de regarder comme fondamental le consentement libre et assuré des époux eux-mêmes, voire en face des *patresfamilias*. Elle apparaît au soin qu'on prend de répéter, non seulement qu'il faut aussi le consentement distinct des enfants, mais que le fils de famille ne peut être contraint au mariage (1). J'en conclurai notamment, qu'un père n'aurait plus été considéré comme exhérédant à juste cause, pour ce seul fait que son fils ou sa fille auraient repoussé le mariage dicté par lui (2). D'où une nouvelle atteinte, mais bien légitime et naturelle, à l'antique et excessif principe de la *patria potestas*. Auguste, lui, n'avait songé qu'à réprimer le père qui veut empêcher le mariage de ses enfants, mais qui pouvait le leur imposer encore, suivant l'esprit de ses lois.

Qu'ont-ils fait surtout contre *le divorce ou la répudiation*, dont la liberté abusive était la plaie du mariage romain?

(1) L. 21, 22, 25, D. (23-2).
(2) V. par analogie L. 18 C. (3-28).

Rien, du moins entre les époux mêmes, pour établir en droit quelque première notion d'un vrai lien conjugal, par souci des enfants et de l'ordre public. Si les mœurs, en progrès depuis les temps d'Auguste ou de Claude, ont pu déjà quelque chose pour resserrer nombre d'unions, il demeure impossible de dire que la législation les ait secondées. Notre revue des textes nous l'a prouvé. Et voici qui le prouve mieux encore. Il se rencontrait pourtant des époux répugnant assez au divorce pour vouloir s'engager mutuellement à n'en point user ou abuser. C'était vouloir réagir par la coutume contre la tolérance regrettable des lois. Ces pactes (émanés de chrétiens sans doute) furent rapportés à l'empereur Alexandre Sévère. Et que décida-t-il? qu'ils seraient nuls, et nuls comme contraires au principe traditionnel de l'union libre dans le mariage. « *Libera esse matrimonia antiquitus placuit, ideoque pacta* « *ne liceret divertere* » *non valere* (1).

Le droit romain, même à sa belle époque, entendait donc s'en remettre aux mœurs générales et à la conscience des époux pour les maintenir unis, mais nullement enchaînés. C'ést là du moins ce qu'on pourrait proposer comme l'explication la plus digne de cet obstiné maintien d'un principe d'excessive liberté. Son idée ne semble-t-elle pas avoir été que le mariage ne doit être, en soi, qu'un état purement volontaire, reposant sur l'entente mutuelle et persistante pour mener vie commune. Si bien que cette volonté venant à manquer, fût-ce d'un seul côté, le mariage peut se rompre comme il se romprait par la captivité ou toute cessation forcée de vie commune. — Il est douteux que les Empereurs et les Prudents se soient ainsi arrêtés sytématiquement à cette conception idéale que l'état du mariage ne devrait reposer que sur l'affection libre et constante « sur l'union des âmes » ; le droit positif n'ayant rien d'autre à faire, aussitôt qu'elle viendrait à manquer, que d'assurer aux époux

(1) L. 2, C. (8-39).

la liberté du divorce (1). Au moins ne l'ont-ils pas exprimé, et Alexandre Sévère, concluant au *liberum matrimonium,* nous semble bien vouloir s'en remettre à la tradition plutôt qu'à la raison. Mais, quoiqu'il en soit, n'était-ce pas, pour ce grand droit classique, rester au-dessous de son rôle? Et n'avons-nous pas vu, par la pratique même, combien Rome s'était grossièrement trompée en se refusant à concevoir, contre l'abus des divorces, un frein mis dans la loi, et en ne donnant pas ici à la saine morale, dans un but même d'intérêt public, tout l'appui juridique qui lui est dû?

Donc nul lien conjugal entre les époux, puisqu'à chacun d'eux est laissée sa clef pour sortir de chaîne. — Mais il est certain que les Antonins ont du moins réalisé un vrai progrès, en songeant à protéger l'union matrimoniale contre les excès de la *patria potestas.* Jusqu'à eux, le *pater familias* pouvait de son seul gré rompre le mariage, du côté de son fils comme de sa fille. Des textes du Digeste nous le laissent entrevoir. Le § 116 des fragments du Vatican le rappelle encore : « *Pater invita filia repudium genero misit..... matrimonium quidem re ipsa jure solutum videri...* ». Briser ainsi un mariage uni, c'était odieux. Et dans cette société romaine, si mêlée et corrompue, combien de *patres familias,* oublieux des vertus antiques, pouvaient mésuser d'un tel pouvoir! Les empereurs du IIe siècle y ont enfin pourvu. Et j'ai déjà cité le texte principal du Digeste qui rapporte ce grave changement tout en gardant la trace de tant de ménagements envers la *potestas* (2). Une loi du Code

(1) On trouve bien quelque trace de cette idée théorique dans une courte phrase retrouvée au milieu des fragments tronqués du Sinaï. V. Textes de Girard, p. 533 : « *Absurdum est matrimonium, cui perpetua concordia requiritur, propter pœnam nec voluntatem consistere* ». Mais pourrait-on bien établir que ce mot même est une citation de jurisconsulte classique ?

(2) L. 1, § 5, D. (43-30) : *Si forte pater concordans matrimonium, forte et liberis subnixum, velit dissolvere. Et certo jure utimur ne bene concordantia matrimonia jure potestatis patriæ turbentur; quod tamen sic erit adhibendum ut patri persuadeatur, ne acerbè patriam potestatem exerceat.*

(L. 5, C. *de Repudiis*), semble l'attribuer à Marc-Aurèle; et Paul dans ses Sentences, prend soin de justifier cette atteinte à la *potestas* au nom de l'intérêt général : « *Contemplatio enim publicæ utilitatis privatorum commodis præfertur* » (1). Certes c'était une heureuse réforme, et qui nous laisse bien entendre combien cette *patria potestas* avait pesé sur tout le mariage romain. Mais qu'était-ce pourtant, d'avoir prévenu cette cause odieuse sans doute mais rare de rupture, à côté du divorce laissé à l'entière discrétion des époux, sauf faculté non moins étrange de se reprendre à volonté?

II

Dans le mariage même voit-on du moins s'améliorer la notion juridique des rapports qu'il a pour objet d'établir, soit entre les époux, soit entre les père et mère et leurs enfants? Oui, il s'est, je crois, produit dans les mœurs et dans certaines conceptions du droit, une transformation sensible, en dépit du peu de textes qui en témoignent. C'est ici qu'en notre sujet, le droit romain s'*humanise*, pour employer l'expression favorite d'Ulpien, reflétant ce mouvement philosophique dont j'ai parlé. Qu'est-ce à dire? qu'il redevient plus franchement naturel, à l'encontre de ces données rigides et si peu humaines de l'antique famille des XII Tables; mais par là même aussi plus apte à former le droit général de tout l'empire, à cette époque où le droit de cité, de plus en plus accordé largement, va enfin s'étendre à tous les sujets de Rome.

Suivons les textes sur ce point. Ils vont continuer de nous montrer que, la *patria potestas* s'atténuant, l'union *sine manu* semble incliner à mieux s'organiser en vrai mariage.

Et d'abord *entre les époux*, la modification la plus sensible, tournée contre l'antique *potestas*, c'est que la femme, fût-elle *filiafamilias* durant le mariage, va être rendue

(1) L. 2, t. XIX, n° 2.

moins dépendante de son père, au moins en ce sens que le pouvoir paternel ne primera plus les droits naturels du mari. Nous l'avons déjà relevé au sujet du divorce, que le père ne pourra plus imposer à sa fille. Voici un autre texte encore plus explicite. Le père, même sans lancer le *repudium*, pourrait-il contraindre sa fille à revenir chez lui temporairement, *jure potestatis?* Non, l'interdit de *exhibendis liberis* lui sera refusé (1). Bien mieux ; si le père, ayant sa fille avec lui, prétend la retenir comme par droit de garde, alors qu'elle veut revenir où l'appelle son devoir d'épouse, un interdit sera donné au mari pour la ramener (2). Ainsi le *pater familias* a bien toujours la *potestas;* le principe subsiste en sa faveur et devra s'appliquer notamment quant aux biens et aux intérêts. Mais il est pourvu, dans les rapports des personnes et pour le maintien de la vie commune, à ce que le père n'en puisse user d'une manière trop dure et inhumaine « *ne acerbe patriam potestatem exerceat* ».

Est-ce à dire que, dans cette vie à deux, le mari aurait eu le droit bien formulé, comme parmi nous, d'obliger sa femme à demeurer avec lui, voire à le suivre? Non, cela n'était pas, même vis-à-vis d'une femme *sui juris* et non gênée par la *potestas*. Aucun texte romain ne ressemble à notre article 214 ; et il sera redit au Code de Justinien qu'aucune règle précise de droit ne prescrit à la femme de demeurer ou de retourner contre son gré avec son mari « *Invitam ad maritum redire nulla juris præcipit constitutio* » (3). C'est donc bien le précepte qui manque, et non pas seulement sa sanction. — Et d'ailleurs pouvait-il être formulé, avec cette donnée du *liberum matrimonium?* Car si les époux traversaient quelque crise sérieuse, où le mari voudrait ramener sa femme par commandement, n'était-ce pas aussitôt la répudiation imminente à laquelle l'un ou l'autre pouvait son-

(1) L. 1, D. (43-30).

(2) L. 2, D. (43-30). — Mais ce dernier texte n'est que d'Hermogénien.

(3) L. 5 C. (*De Repudiis*). Texte de Dioclétien, rappelant des décisions de Marc-Aurèle.

ger à recourir; sauf à faire dire ensuite de qui les torts, pour régler la liquidation de dot. Les Antonins et les Sévères n'y ont rien changé pour tracer un devoir légal de vie commune.

Il faut en induire que, même entre époux *sui juris*, le mari n'apparaît pas alors érigé en vrai chef légal de la vie domestique. Nulle part, il n'est dit encore : *vir caput mulieris*, sous quelque autre forme équivalente ; comme il n'est parlé nulle part d'obéissance ou de subordination due par l'épouse. Ce mari, qui se trouve investi comme *pater familias* d'un si grand pouvoir sur ses enfants, n'a pas de véritable puissance ni autorité sur sa femme, qui d'ailleurs peut le répudier pour toute gêne et à toute heure. Il n'a de légalement assuré que son action spéciale d'adultère, et son droit limité sur la dot, mais rien qui ressemble à notre autorité maritale. Tels sont encore les principes romains.

Toutefois, en même temps que l'observance du mariage s'est moralement améliorée, il est possible de voir se dessiner, jusque dans les lois, quelques tendances à tenir plus grand compte des conditions et devoirs de la vie commune, et aussi des prérogatives naturelles reconnues au mari. En voici quelques applications dans les textes d'alors. — L'une des premières, vraiment juridique, est que le mari aura de son chef une action d'injures pour l'offense faite à sa femme. Il l'aura désormais, aussi bien que la femme même et son père à elle, sans doute parce qu'il est comme le gardien de l'honneur commun. Voici du moins ce que dit le texte de Paul : « *Quia defendi uxores a viris, non viros ab uxore æquum est* » (1). Et c'est comme un prélude à notre formule moderne que le mari a envers sa femme un devoir spécial « de protection ».

Un autre fragment mentionne que la femme est tenue de la *reverentia* envers son mari « *recepta reverentia quæ maritis exhibenda est* » (2). L'expression reste vague, elle est

(1) L. 1, § 9, et L. 2, D. (47-10).

(2) L. 14, § 1, D. (24-3). — V. aussi, L. 33, § 1, D. (24-1).

surtout de précepte moral; et nous ne voyons pas bien quelle portée juridique elle pouvait recevoir. Le texte même n'en tire qu'une conséquence mesquine, à savoir, qu'on ne pourrait exiger d'un mari, qu'il s'engage à restituer la dot au delà de ses ressources. *Reverentia* se référait sans doute à quelques marques de déférence qui étaient dans les usages romains et qui se manifestent encore à l'expression de *dominus* (*domine carissime*) dont les femmes saluaient volontiers leurs maris. Toujours est-il que le terme même, ni l'ensemble des textes et des principes romains ne permettent de le traduire par obéissance ou soumission (1). L'indépendance réciproque semble bien avoir fait le fond du mariage romain à l'époque classique.

A d'autres traits encore, nous avons l'impression que les conditions de la vie conjugale deviennent mieux comprises. Déjà Auguste, en vue de relever le mariage par les honneurs publics, avait pu décider, le premier, que l'épouse jouirait des dignités et titres de son mari. L'idée est du moins formellement énoncée par les textes contemporains des Sévère. « *Paulus respondit dignitatem mulierum ex honore matrimonii augere et minui solere* » (2). Et les maris même y gagnaient de pouvoir prétendre à de plus belles constitutions de dot (3).

Mais allait-on plus loin dans ces communautés de condition entre mari et femme? Ni la communauté du nom ni la communauté de nation ou d'origine, ne s'établissent dans les mœurs et le droit de Rome. Et je ne vois même pas qu'on puisse parler d'une communauté légale et absolue du domicile, au sens moderne de ces mots. Les textes,

(1) Tel autre texte qui nous parle de la *major dignitas in sexu virili*, ne saurait beaucoup nous éclairer sur l'idée de *reverentia*. L. 1, pr. (1-9). — Mais *reverentia* même ne veut pas dire obéissance. Qu'il suffise de se rappeler le beau vers :

« *Maxima debetur puero reverentia* ».

(2) *Frag. vaticana*, n. 104.

(3) *Fr. vat.* n. 115.

qui nous parlent de la femme comme ayant domicile chez son mari, visent plutôt un domicile de fait subsistant pendant la vie commune après la *deductio in domum,* qu'ils ne règlent et n'imposent un domicile de droit (1). Et nous en voyons d'autres, qui prévoient, comme chose assez ordinaire, l'habitation personnelle des grandes dames romaines, distincte de celles de leurs maris (2).

Si le droit romain avait si peu gagné dans le sens de ces communautés toutes personnelles, qui d'elles-mêmes semblent résulter du mariage, comment aurait-il pu connaître une transformation profonde, dans le régime des intérêts, en vue d'une association pécuniaire des époux? Comment y serait-il venu, même entre époux *sui juris?* Car encore ne faut-il pas oublier que la *patria potestas* pouvait subsister entière sur chacun d'eux et mettre un bien autre obstacle à toute communauté d'apports et d'acquisitions.

Aussi ne voyons-nous rien d'important à signaler comme réforme juridique dans le régime *sine manu* depuis Auguste. Rien n'est changé quant aux principes de la dot, dont les jurisconsultes travaillent à construire et ordonner si fortement toute la théorie, en reconnaissant seulement à la femme le droit d'en réclamer la restitution anticipée, quand le mari gouverne mal ses affaires et marche à la ruine (3).

C'est le mari qui, muni de cette dot, doit supporter toutes les charges du ménage, même, à ce qu'il semble celles relatives à l'entretien de sa femme. Le Digeste suffirait à confirmer ce que tant d'auteurs latins ont redit depuis les comédies de Plaute, que ce n'était pas une petite charge pour les maris des dames romaines de répondre, en retour

(1) L. 19 pr. (2-1); L. 65 D. (5-1). V. aussi L. 1, C. (10-62).

(2) L. 32, § 13; D. (24-1); L. 15 pr., D. (25-2). — Columelle recommande aux Romains qui, suivant ses conseils, voudraient s'adonner à l'agriculture, de veiller à rendre leur maison des champs assez confortable pour y attirer et retenir aussi leurs femmes.

(3) L. 24 pr., D. (24-3).

de leur dot, à leurs exigences de toilette ou de service. Nombre de textes nous montrent d'ailleurs le mari seul propriétaire de tous les vêtements ou parures, qu'il ne saurait manquer d'acheter ou d'acquérir pour l'usage de sa femme, sauf à les lui léguer assez souvent, s'ils ont fait bon ménage, ou à les garder par devers lui pour quelque nouvelle épouse, s'il a dû rompre avec la première (1). Il y avait lieu fréquemment, sur de tels sujets, à des conventions spéciales entre époux, au début ou en cours de mariage. On voit les grands jurisconsultes de Rome, Papinien lui-même, examiner et approuver comme *pacta dotalia* des conventions par lesquelles la femme, en vue de constituer sans doute une moindre dot, se réserve la charge de s'entretenir ou de se nourrir elle-même, — et d'autres encore par lesquelles elle prend soin de stipuler que le mari payera les frais de son voyage, s'il a désiré que'lle le suive ou qu'elle le rejoigne (2). N'alla-t-on pas jusqu'à se demander si le mari ne serait pas en droit de réclamer ce qu'il avait dépensé pour soigner sa femme malade (3)? De telles pratiques nous étonnent d'abord; mais n'était-ce pas la conséquence de cette donnée outrée d'indépendance réciproque et de séparation des intérêts qui faisait tout le fond du système romain, en se combinant avec la fragilité même du mariage par suite des divorces.

Aussi allait-il de soi que la femme gardât le plus possible de paraphernaux, même en mobilier, même en objets de ménage, sauf à prendre des précautions pour les faire entrer dans la maison du mari comme à titre de dépôt ou de prêt (4). Ses paraphernaux d'ailleurs, elle en disposait, comme elle en jouissait et les administrait en toute liberté. Là était l'instrument et la plus commode garantie de

(1) V. à ce sujet tout le titre 2 du L. 34, D., et combien d'autres fragments! — V. aussi L. 31, D. (24-1).

(2) V. p. ex.: L. 12, § 1, D. (23-4); L. 26, § 3, D. (id.); L. 21, pr. D. (24-1).

(3) V. L. 13, C. (2-19).

(4) L. 9. § 3, D. (23-3

son indépendance avant d'en venir au remède extrême, quoique si aisément reçu, du *repudium*. D'ailleurs, s'il lui convenait mieux de se décharger de l'administration de ces paraphernaux, elle pouvait et devait souvent en donner mandat au mari, mais comme mandat toujours révocable. Et rien ne l'empêchait de prendre un autre *procurator* ou intendant, qui, investi déjà de cette confiance un peu humiliante pour le mari, pouvait jouer parfois quelque autre rôle suspect dans la maison (1).

Le Velléien aussi subsistait toujours, comme un des rouages principaux de tout le régime. Et déjà les Julien, les Paul, les Ulpien, tout en creusant et développant leurs théories subtiles d'*intercessio*, semblent incliner à cette donnée d'y voir moins une défiance envers les femmes, qu'une protection bienveillante encore que dédaigneuse en leur faveur. Entendu de la sorte, il devait principalement servir à la femme mariée contre l'influence de son mari en vue de l'empêcher de compromettre dot et paraphernaux. Telle avait bien été l'idée première d'Auguste.

Mais si la femme, quant aux charges du ménage, ne doit rien de plus que sa dot, elle n'a aussi rien de plus à prétendre. Qu'elle conserve pour elle ses paraphernaux et toutes ses acquisitions personnelles dûment justifiées (2), tel est son droit. Mais les économies faites sur sa dot, les acquisitions dues au travail ou aux mérites de l'homme, tout reste au mari ou à ses héritiers, sans que rien nous marque entre époux quelque coutume naissante de collaboration. C'était au mari de juger ce qu'il en pouvait léguer à sa veuve (3).

Les textes, que nous possédons de cette époque, nous renseignent fort mal sur le rôle que pouvait jouer la femme

(1) C'est le *procurator calamistratus* dont parlent Sénèque et les satiriques.

(2) La L. 51. D. (24-1) ouvre un aperçu peu édifiant sur les acquêts des dames romaines.

(3) V. à ce sujet, un exemple bien remarquable dans la L. 41, pr., D. (32), qui nous laisse entrevoir, à Rome même, quelque première idée des conquêts.

romaine, soit pour conduire les opérations et emplettes du ménage, soit pour s'unir d'activité laborieuse avec son mari. Comment les choses se passaient-elles dans les unions modestes, où la femme n'était pas assez grande dame pour s'affranchir du gouvernement de sa maison, et où le mari n'était pas assez riche pour tout faire par des esclaves? La femme était-elle, comme ménagère, une préposée dont les actes entraînaient contre le mari quelque action quasi-institoire? S'obligeait-elle aussi, elle-même, par ses actes de gestion, sans qu'on pût la considérer alors comme intercédant *pro marito*? J'aurai à revenir plus tard sur cette question des mandats entre epoux (1). D'autre part, pouvait-elle garder, comme acquêt personnel, quelque chose des profits ou des gains résultant de travaux ou de services accomplis en concours avec son mari? Bref, jusqu'où était poussée cette séparation des biens et des comptes, même dans les moindres détails de l'existence et de l'activité conjugale? C'est là ce qui nous est bien peu exposé au Digeste, mais qu'on souhaiterait saisir d'autant mieux, que nous aurons à voir reparaître toutes ces difficultés sorties de la tradition romaine dans l'histoire de notre droit français.

Quoiqu'il en soit, avec de telles données, comment une communauté ou société de biens aurait-elle pu se concevoir comme institution coutumière ou légale entre les époux? Les jurisconsultes classiques ne nous montrent même pas le fait, si naturel, de la jouissance en commun des fortunes, converti et consacré en droit, tandis que nous le verrons au Bas-Empire. Comme société entre époux, une seule était possible, celle qu'il leur arrivait parfois de contracter formellement en se mariant ou après mariage. Mais c'était alors une société de droit commun, à clauses librement débattues, et qui n'impliquait nullement une prérogative légale d'associé chef pour le mari (2).

(1) V. p. 211 et s.

(2) Il n'est du reste qu'un seul texte important qui nous parle avec pré-

Il est pourtant une partie importante du régime matrimonial des Romains, *quant aux donations entre époux,* sur laquelle nous trouvons à signaler pour cette époque des améliorations assez significatives, quoiqu'au fond bien modestes. On a compris que la prohibition absolue de tous dons entre vifs est excessive, et qu'entre époux, gardant leurs fortunes séparées, peuvent se rencontrer des motifs légitimes de donations, même en bien présents. — Déjà l'on constatait, quelque tendance à élargir le cercle des minimes donations permises. Les donations de fruits et revenus avaient été reconnues licites au moins dans une certaine mesure. Et Pomponius nous rapporte gravement que si l'un des époux s'est servi des esclaves de l'autre, ou a habité gratis une de ses maisons, il faut y voir donation valable (1). Devant ce principe inouï de la séparation des intérêts, c'était du moins un tempérament permettant de rameuer quelque effet naturel de jouissance en commun. — Gaïus aussi ne manque pas de nous dire que si la femme, au moyen de ses paraphernaux, a fait quelque sacrifice pour faire monter son mari dans l'ordre équestre ou autre dignité, si elle lui a valu ainsi le laticlave, si elle lui a fourni le moyen de donner des jeux publics, ces brillantes vanités, payées mais goûtées sans doute aussi par elle, vaudront pour donations

cision d'un pareil contrat de société; c'est un texte de Scévola raisonnant sur une espèce qui lui avait été soumise. L. 16, § 3, D. (34-1). Il nous rapporte ainsi le précieux exemple d'une sociéte de tous biens qui avait duré quarante ans, jusqu'à la mort du mari. C'est le mari qui, sans doute en fait, l'avait gérée, et qui, dans son testament, semblait léguer à des affranchis communs, la continuation de leur pension alimentaire comme s'il avait pu le faire à lui seul. Or que relève précisément le texte? Qu'on avait dû agir d'abord à deux pour les affranchir. Aussi le mari ne devait-il être considéré que comme pouvant charger ses héritiers à lui, et pour sa part de pension. Ce texte, presque unique, n'est-il pas une preuve manifeste, que les Romains d'alors ne connaissaient guère en pratique l'association pécuniaire des époux, et qu'il ne leur serait point venu à l'esprit de la concevoir au sens de notre communauté française, gouvernée de droit par le mari comme seigneur et maître? V. encore, L. 32, § 24, D. (24-1).

(1) L. 17 et 18 D. (24-1).

permises. Antonin l'avait décidé naguère (1). — Meilleure encore et plus touchante la donation qui serait faite pour adoucir un exil; admissible quoiqu'un peu étrange celle qui préparait un divorce de bon accord (2). Il en ressort clairement que ce vieux droit romain s'humanise et incline à mieux comprendre les conditions de l'intimité entre époux.

Mais une autre mesure, plus large et aussi plus durable, est celle qui vint substituer, d'une manière générale, au principe de la prohibition absolue, celui des donations possibles mais toujours révocables. Elle date seulement du temps de Septime-Sévère et de Caracalla. Elle se présente au premier abord sous une forme singulière en ce que, partant encore de la prohibition traditionnelle, elle s'est bornée à déclarer que la donation, tout d'abord nulle, pourra se trouver confirmée, si le donateur a persisté jusqu'à sa mort dans sa volonté de donner à son conjoint. C'est comme un testament qu'on veut lui éviter pour le redire : « *quasi testamento sit confirmatum quod donatum est* ». Mais, pour le fonds des choses et laissant les subtilités du droit, n'était-ce pas en venir à un système de donations permises, mais essentiellement révocables, comme l'entendra toute la suite de notre droit français. Le texte même de la loi le laissait assez entendre : « *Ait oratio fas esse eum quidem qui donavit pænitere ; heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam ejus qui donaverit, durum et avarum esse* ». Voilà donc un de ces beaux textes romains, trop rares, où un sentiment vraiment humain ne craint pas de s'affirmer comme inspirateur du droit. Et certes, en relâchant ainsi de la rigueur du droit positif, c'était donner du moins comme un encouragement aux unions sincères et constantes. — Les textes nous montrent même qu'il arrivait assez souvent, comme il est d'ailleurs si naturel, de voir les deux époux se faisant en même temps des donations réci-

(1) L. 42, D. (24-1).

(2) L. 43 et 60, § 1 D. (24-1). Ce sont bien là en même temps des traits de mœurs romaines.

proques « *Invicem* (1) ». Mais ce n'était pas là encore notre don mutuel français qui a eu pour caractères essentiels d'être fait dans un seul et même acte, comme don de survie égal et irrévocable. Le système romain impliquait ici deux donations distinctes, quoique reliées ensemble, qui restaient révocables, et même séparément révocables. La précaution romaine, avec le souci du divorce, aurait-elle pu rien admettre dans le mariage, même une donation mutuelle, sans ménager la porte de sortie?

Ce peu de réformes et tout ce beau travail de jurisprudence reflètent néanmoins, à partir du second siècle, une conception plus raisonnable et sans doute aussi une pratique meilleure de l'union conjugale. Mais qu'on est loin encore des principes supérieurs de l'union chrétienne! Comme l'abus du divorce s'est perpétué! Les jurisconsultes contemporains des Sévères nous l'ont assez laissé voir dans leurs textes, et Tertullien le redira pour l'époque de Septime-Sévère : « *Repudium vero jam et votum est, et quasi matrimonii fructus* ». La capitale aussi regorgeait toujours d'adultères que ni la législation d'Auguste, ni les prédications morales ne pouvaient tarir. Si on en croyait une boutade de Juvénal, il y aurait eu quelque modération de son temps dans la répression légale : *Ubi nunc Lex Julia? Dormis*. Mais on rapporte que, plus tard, son application aurait repris pleine vigueur, peut-être sur le conseil de Papinien, et sûrement par ordre de Septime Sévère. Nombreux sont au Digeste les fragments de Paul, d'Ulpien, de Papinien surtout, comme interprétatifs de la loi de *adulteriis*. Et Dion Cassius, contemporain de Sévère, nous raconte en son histoire romaine que, lorsqu'il parvint au consulat, il trouva trois mille accusations publiques d'adultère (2). Les mœurs n'avaient pu s'améliorer au point de faire abroger

(1) V. notamment, L. 32, § 14, D. (24-1).

(2) Dion Cassius, L. 76, n° 16. Il nous montre encore, en d'autres passages, combien la moralité restait déplorable sous Caracalla et Eliogabale, dont il raconte d'un mot les nombreux divorces, L. 79, n° 9.

ou adoucir toute cette législation sévère, mais nécessaire sans doute, des *adulteria*, des *lenocinia*, des *stupra*. — Mais les lois caducaires, cette grande erreur d'Auguste, devaient-elles aussi subsister? L'histoire ne nous dit pas que la fécondité, revenue dans le mariage, les ait fait abroger comme inutiles. Conservées sous les Antonins et les Sévères, elles furent réformées seulement dans leur côté le plus odieux, celui qui enrichissait l'un comme *pater*, aux dépens des autres, comme *cœlibes* ou comme *orbi*. Ulpien et Tertullien s'accordent à nous dire qu'elles furent modifiées au temps de Septime-Sévère. Désormais c'est le fisc qui devait bénéficier des déchéances testamentaires toujours imposées à ceux qui ne voulaient ou ne pouvaient peupler la Cité [1]. Et si c'était là supprimer de singuliers procès entre cohéritiers ou colégataires, la profession de délateur n'était pas découragée, puis qu'elle avait encore de beaux jours pour le fisc ou contre l'adultère.

Ainsi je ne saurais voir, à cette belle époque que nous envisageons, ni réformes, ni progrès vraiment considérables dans toute cette législation et coutume des *justæ nuptiæ*, restée l'une des institutions les plus imparfaites du droit classique, faute d'avoir conçu dans le mariage *sine ad manu* la vraie notion du rapport entre les époux.

III

Envers les enfants, pour mieux consacrer la situation naturelle et *le droit de la mère*, il fut fait sous les Antonins bien davantage. Mais là encore il importe d'observer combien les réformateurs romains semblent avoir tenu peu de compte du mariage même.

Il était inouï, le vieux droit romain, dans sa conception juridique du lien et du rôle maternels. Par la *manus*, il avait sans doute uni civilement la mère à ses enfants; mais

(1) Ulpien-R., XVII-2.

au prix de quelle sujétion pour la mère, ne pouvant avoir aucune autorité légale sur les enfants communs, et dominée comme eux *loco filiæ!* Quand vint à prévaloir l'union *sine manu*, combien plus elle fut contre nature, nous l'avons vu, quand nous avons dû constater que la mère restait, en droit, tout étrangère à ses enfants *ex justis nuptiis*, sans lien de parenté civile, sans aliments et succession réciproque, sans aucun partage d'autorité, sans droit de contrôle ou de garde à côté ou à défaut du père. Le préteur n'avait pu encore que reconnaître certains effets de la *cognatio* dans sa *bonorum possessio*, de rang inférieur, *unde cognati*.

Avec le seul progrès des idées naturelles (*humanitas*), peut-être aussi avec quelque exemple de coutumes provinciales, un certain droit des mères va commencer d'apparaître. Et les Antonins lui font une part déjà notable qui coïncide avec les atteintes que nous avons vu porter d'autre côté à la *patria potestas*.

D'abord, dans le pur droit des personnes, la mère pourra du moins veiller et agir, même en face du père, réclamer en justice contre les abus trop graves de la *potestas*, et même obtenir parfois la garde exclusive de ses enfants, *ob nequitiam patris*. Ce sont bien là des décisions nouvelles attribuées à Antonin le Pieux, mais tout d'abord comme mesures de circonstance. Voici le texte « *Obtinuit mater ob nequitiam patris ut, sine deminutione patriæ potestatis, apud eam filius moretur*(1) ». Il est clair qu'il implique bien quelques notions d'un droit et contrôle maternels. — La mère sans doute, à la mort de son mari, ne pourrait encore être tutrice, puisque la tutelle est à la fois *munus et officium virile*. Le Velléien même s'opposerait à une gestion conduite par la mère. Mais il va lui être reconnu, du moins, le pouvoir de surveiller les tuteurs. Et même le devoir d'en réclamer pour ses enfants lui est si nettement tracé que, de son accomplissement, dépendra pour elle le bénéfice de la grande

(1) L. 3, § 5, D. (43-30).

innovation du sénatus-consulte Tertullien. Il est admis aussi que la désignation testamentaire d'un tuteur faite par elle doit être prise en grande considération par les magistrats. Enfin Alex. Sévère posera comme principe général que c'est à elle, de préférence à tous autres parents, que la garde et l'éducation de l'enfant doivent être confiées (1).

Rien de plus naturel aussi que de voir proclamer alors son obligation de dette alimentaire envers ses enfants, et de l'entendre enfin justifier par cette raison si simple et tout humaine de la *caritas sanguinis et maternus affectus* (2). Le rescrit est de Marc-Aurèle. Il ne sera donc plus suffisant, pour décharger la mère, qu'elle allègue sa dot comme apportée *ad onera matrimonii;* mais il reste vrai de dire à Rome qu'elle n'est tenue des aliments qu'en seconde ligne et après son mari. L'idée de parité et de communauté n'est pas encore dégagée entre les père et mère, même vis-à-vis de leurs enfants. Et rien ne nous permet de croire que la mère fut alors obligée de doter ses filles, même à défaut du père (3). La nécessité absolue des aliments, seule, a fait souvenir les législateurs de sa maternité et de son devoir.

Avec tout cet ensemble de mesures nouvelles, nous comprendrons mieux qu'on voie enfin apparaître et conserver le droit de *succession réciproque* entre mère et enfant, avec une première ébauche de quelque idée de parenté civile attachée à leur cognation. Le sénatus-consulte Tertullien, qui est d'Adrien, ouvre cette hérédité pour la mère. Le sénatus-consulte Orphitien ne consacrera l'hérédité pour les enfants qu'en 178, sous Marc-Aurèle.

C'est donc en appelant la mère qu'on a commencé! La mère proclamée héritière de ses enfants avant que ceux-ci aient pu hériter d'elle, quelle idée singulière pour nous! Et plus étrange encore, lorsque nous constatons que la

(1) L. 1, C. (5-49).
(2) L. 5, § 2, 4, 14, D. (25-3).
(3) L. 14, C. (5-12).

mère nè fut d'abord appelée qu'à la condition d'avoir eu le nombre d'enfants qui conférait le *jus liberorum* (1)? Mais voici peut-être la raison! Dans la constitution domestique des Romains, il était plus rare sans doute, mais plus aisé, de faire profiter la mère de l'hérédité de ses enfants, qu'à l'inverse. Et en effet, pour que l'enfant laissât *ab intestat* une succession à recueillir, il fallait qu'il fût d'abord devenu *sui juris*, comme orphelin de père ou émancipé. La mère pouvait donc alors succéder d'autant mieux, que le père n'était plus, ou n'avait plus les prérogatives de la *potestas*. — Mais l'enfant successeur de sa mère, du moins l'enfant des justes noces, devait être souvent un enfant en puissance, un *alieni juris*, si le père vivait encore. Et ainsi l'hérédité maternelle aurait été acquise au père lui-même, en vertu de la *potestas*, sans assurance qu'elle profiterait ou serait conservée à l'enfant. Là pouvaient être les raisons d'hésiter et d'attendre. — Après le Tertullien, et avec le progrès croissant des idées d'*humanitas*, la logique naturelle devait l'emporter. Marc-Aurèle voulut consacrer le droit de l'enfant à l'hérédité, comme il l'avait formulé pour les aliments. Il fit rendre le sénatus-consulte Orphitien.

C'était une vraie hérédité civile, que les deux sénatus-consultes venaient établir. La mère et les enfants, qu'ils appellent, deviennent *heredes*, et pourront avoir aussi bien la *b. p. unde legitimi*. La mère est donc, à ce point de vue, devenue comme civilement parente, *mater civilis;* et l'expression même se retrouve dans les sentences de Paul au sujet du sénatus-consulte (L. 2. T. IX). Il devait s'ensuivre encore que mère et enfants pouvaient réciproquement prétendre à la *querela inofficiosi testamenti*.

Je verrais bien à dire sur ces deux sénatus-consultes que

(1) Je me garderai pourtant de dire que la succession Tertullienne ait pu avoir pour principale raison d'être une nouvelle prime attachée au *jus liberorum*. Car en vérité cela eût passé le bon sens, d'encourager les femmes à devenir mères en les faisant profiter, comme héritières, de la mort de leurs enfants.

Paul et Ulpien ont soin de nous dénommer comme *novæ leges* (*et humaniores*) par opposition au *jus vetus*. Ils se rendaient bien compte du grand revirement que ces lois commençaient, tant pour la conservation du droit de la mère, qu'à l'encontre de tout ce rigide système de la famille et des successions romaines, fondé sur l'agnation. Qu'il nous suffise de les avoir présentées bien en leur place dans l'histoire du droit matrimonial romain. — Mais il me reste encore à faire à leur sujet une observation capitale, qui, je le pense, et du point de vue moderne, devra laisser quelque ombre sur les éloges qu'on ne saurait manquer de décerner ici à la haute raison des Antonins.

Quelle est la mère visée dans ces sénatus-consultes? Est-ce seulement la mère que nous appellerions mère légitime, ayant eu ses enfants d'un mariage. Non. La mère succède aussi bien à ses enfants venus hors mariage, même aux *spurii* ou *vulgo quæsiti*. Tout ce qui lui était demandé, c'était d'en avoir trois ou quatre; peu importe de quelle liaison ou de quelles rencontres! De même les enfants *ex concubinatu* ou même *spurii* héritaient de leur mère, tout comme les enfants *ex justis nuptiis*, à parité de rang. N'étaient-ils pas même ceux qui avaient le plus de chances de recueillir bien réellement la succession, puisqu'ils étaient *sui juris* (1)? « *Sed vulgo quæsiti admittuntur ad matris legitimam hereditatem* ». Et rien qu'au choc de ces mots : *vulgo quæsiti.... ad legitimam...*, ne sentirez-vous pas l'opposition de la tradition païenne et de nos traditions françaises?

IV

Ce ne sont pas de telles réformes, si grandes soient-elles dans l'histoire du droit civil romain, qui pouvaient contribuer à rétablir la saine morale et la vraie législation du mariage. Et n'est-il pas de plus en plus manifeste que les

(1) Ni les Antonins, ni les Sévères n'avaient encore imaginé les *bona adventitia* pour l'enfant en puissance, héritier des biens maternels.

Romains, même un Adrien ou un Marc-Aurèle, n'ont jamais eu le sens de la dignité ni de la force de l'union conjugale, telle qu'elle nous est venue par le christianisme.

On doit pourtant à cette époque classique, du moins à sa dernière heure, une belle et célèbre définition du mariage, celle qui nous est rapportée au Digeste sous le nom de Modestin : *nuptiæ sunt conjunctio maris et feminiæ et consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio*. Mais, quoiqu'elle ait été placée en tête du titre de *Ritu nuptiarum,* peut-on bien la prendre, alors, pour une vraie définition de droit? Des romanistes ont si bien senti qu'elle ne pouvait convenir juridiquement au mariage *sine manu*, (même à la fin de l'époque classique), que plusieurs ont présenté ce texte comme une définition antique, paraissant se référer à l'ancienne *manus*. S'il en était ainsi, il serait singulier que Justinien l'eût insérée dans son Digeste, et non moins singulier que Modestin, le dernier en date des grands jurisconsules romains, n'eût songé qu'à définir le mariage *cum manu* pour l'époque d'Alexandre Sévère et de Gordien (1). Eh! ne voit-on pas au contraire qu'il s'agit là d'une définition idéale due à un jurisconsulte philosophe et destinée à exprimer la plus haute notion, tout à la fois morale et juridique, de l'union conjugale. La raison seule dans une âme élevée a bien pu l'inspirer; mais les idées chrétiennes, aussi, commençaient déjà à émouvoir tout le monde romain dans cette première moitié du IIIe siècle. Modestin, si tout ce texte est bien de lui, n'a fait que pressentir et devancer le mariage à venir, plutôt qu'il n'a songé à faire revivre son passé. C'est comme une devise morale d'union religieuse aussi bien que terrestre qu'il a voulu donner quand il a parlé de cette *communicatio divini et humani juris*. Gordien parlera de même à peu d'années de distance, quand il dira de l'épouse : *Socia rei divinæ et humanæ* (2). Et nous

(1) Comment d'ailleurs voir le mariage *cum manu* dans une définition où manquerait la notion de puissance, qui faisait l'essence de la *manus?*

(2) V. L. 4, C. (9-32).

avons ainsi l'impression que, dans Rome, se dégageait déjà, mais comme aspiration vague encore, la vraie notion de l'union conjugale, qui doit être de l'envisager entre mari et femme comme la plus naturelle et la plus profonde des sociétés (1).

Des esprits d'élite commençaient à la concevoir ainsi; mais le droit, qui aurait dû s'élever jusqu'à la comprendre et la régir comme telle, s'en était écarté si étrangement depuis des siècles, qu'il avait peine à remonter la pente pour organiser le mariage sur les données d'une association vraiment stable et disciplinée. Deux grands obstacles s'y étaient opposés. La *potestas patria* qui avait pesé sur l'indépendance et par là même sur l'intimité profonde de l'union conjugale. Cet obstacle, Auguste et les Antonins l'avaient diminué dans leurs lois; et sans doute il avait encore faibli davantage dans les mœurs, sans qu'il eût disparu de tous points. Mais la tradition avait transmis, dans le principe arrêté du libre divorce, un obstacle plus grave encore à une conception vraiment juridique de la société conjugale, sous tous ses aspects. Or ni les Antonins, ni les Sévères n'ont réformé un mariage si mal conçu, en visant à la fois à restreindre sérieusement le divorce et à organiser l'association. — N'en pouvons-nous conclure, malgré deux lignes de Modestin, qu'il reste invraisemblable, que l'antiquité païenne et la raison romaine y fussent jamais

(1) Il est à remarquer d'ailleurs que les expressions de *societas, socii, se sociare conjugio* qui reviennent souvent dans les auteurs littéraires, n'étaient pas inconnues, même aux jurisconsultes. Paul, avant Gordien, rappelle qu'on en tirait un certain argument contre l'action *furti* entre époux, L. 1, D. (25-2). Cicéron avait dit lui-même : *prima societas, nuptiarum.* Et Tacite, avant sa célèbre description du mariage des Germains : « *venire se sociam...* », avait fait dire à Vitellius, parlant en faveur du mariage de Claude et d'Agrippine « *quid honestius levamen quam assumere conjugem, prosperis dubiisque sociam, cui cogitationes intimas, cui parvos liberos tradat...* etc. ». Il n'a donc manqué aux Romains que de mieux traduire, dans leur droit, l'idée naturelle de société conjugale, si bien entrevue.

parvenues, d'elles seules, sans la doctrine et l'action du christianisme !

Je laisse ici de nouveau percer toute ma pensée sur cette grave question d'histoire; et j'aurai à la traduire bien plus encore, maintenant que nous arrivons aux siècles chrétiens. Mais cette opinion n'est pas celle de tous; et il est de mon devoir de vous indiquer les moyens de la contrôler. Reportez-vous, par exemple, à la grande histoire romaine de Duruy, si pleine de réflexions générales sur toute cette période de l'Empire, qui va depuis Auguste jusqu'à la fin du siècle des Antonins. Vous y verrez souvent transparaître cette idée, que la philosophie romaine et la raison impériale auraient suffi, sans doute, à la restauration morale et sociale de l'Empire, sans l'avènement du christianisme. A vous de vous éclairer davantage et de vous fixer. La question même n'est pas sans intérêt pour une juste appréciation de notre société moderne et de son avenir. Mais j'ai pourtant à vous mettre en garde, au point de vue des appréciations du droit, contre cette lecture des meilleurs historiens, et de Duruy même. Ce noble esprit, si sincère, mais à qui manquait peut-être une possession suffisante du droit romain, ne semble pas avoir assez pénétré toutes ses lacunes et tous ses vices, et surtout ne pas s'être rendu assez bien compte de son organisation si défectueuse ou si excessive du mariage et de la famille. « Si ce tableau est vrai, dit-il, on sera forcément amené à croire que cette société avait *dans ses institutions civiles et dans ses mœurs* des forces de conservation, et dans ses idées des forces de renouvellement »..... Et plus loin. « Il est vrai que les Romains conservaient trois iniquités : l'esclavage, — l'abominable dureté des lois pénales, — et l'outrageante distinction qui séparait l'*humilior* de l'*honestior* » (1). — Ainsi, voilà tout ce qu'il relève. Rien de l'organisation demeurée si artificielle de la famille; rien surtout du mariage, si mal

(1) V. t. V, p. 482 et s., et la phrase dernière, p. 486.

réglé dans le droit et si relâché dans les mœurs. D'ailleurs n'a-t-il pas semblé approuver le principe romain du divorce, sans s'être assez préoccupé de l'extrême liberté et de l'étrange pratique des divorces romains (1). — Vous jugerez vous-mêmes si, au grand siècle impérial des Antonins et à l'époque des plus grands jurisconsultes de Rome, mariage et famille étaient aussi bien réglés que le patrimoine, pour être proposés en exemple aux siècles à venir; et s'ils n'appelaient pas une régénération profonde que la législation et la jurisprudence classiques s'étaient bien montrées impuissantes à accomplir.

(1) T. V, p. 40.

HUITIÈME COURS

Empereurs Chrétiens et Pères de l'Église.

Le mariage et le divorce jusqu'au Ve siècle.

Avec Constantin (dès le début du IVe siècle) c'est le christianisme qui devient la religion des Empereurs, et qui, d'abord proclamé libre dans son culte au milieu des cultes païens, devient bientôt la religion préférée de l'État, et de la population presque entière. Jusque-là il s'était propagé, sans doute, à travers tout l'empire romain, mais dans l'ombre jusqu'au IIIe siècle, et méconnu des pouvoirs publics ou parfois persécuté par eux. A partir de Constantin et sauf la réaction si éphémère de Julien l'Apostat, le Christianisme est reconnu, favorisé des pouvoirs publics, comme il va de son côté les soutenir et souvent même les inspirer.

Le mariage et le droit matrimonial, aux derniers siècles de Rome, ne vont-ils pas grandement s'en ressentir? Oui, sans doute; nous avons maintenant à l'étudier. Mais beaucoup moins, dès le Bas-Empire, qu'on ne pourrait le supposer, et qu'il nous sera donné de le suivre au cours du moyen âge. Or il importe de vous expliquer d'abord pourquoi nous n'allons pas trouver plus de réformes (par exemple contre le divorce), alors pourtant que l'effort de la doctrine chrétienne s'était porté si activement sur les questions de mœurs et de mariage, alors que les premiers docteurs de l'Église avaient déjà tiré des textes saints le principe du mariage indissoluble, impliquant sous la direction du mari la plus parfaite des sociétés. — De là des observations

toutes générales, mais capitales aussi, par lesquelles il faut que je commence, avant de suivre cette législation confuse et si insuffisante encore du Bas-Empire.

I

De cette action restreinte du christianisme sur le droit matrimonial romain, trois raisons principales apparaissent.

1° Le christianisme, (en face du droit romain) n'était d'abord qu'une croyance et une doctrine ayant pris naissance bien loin de Rome. Il n'apportait par lui-même qu'une direction morale, un ensemble de préceptes visant à mieux guider toute l'union conjugale suivant un idéal plus haut et plus sévère. Parlant au nom de l'autorité divine, et en vue de sanctions tout autres, c'est aux cœurs et aux consciences qu'il s'adressait pour leur prêcher d'abandonner toute pratique de divorce, pour blâmer les secondes noces, pour recommander le veuvage fidèle, encourager même la virginité. Mais aussi, cette direction et discipline chrétienne, plus que toute autre morale antérieure, avait déjà tendance à gouverner minutieusement toute la conduite des époux, comme on le voit aussitôt dans les œuvres des Pères de l'Église, et comme on le verra bien au moyen âge, jusque dans les règlements du droit canon.

Or le droit romain, quand survint leur rencontre, était depuis des siècles conçu dans un tout autre esprit. Nulle législation n'a eu, autant que le droit classique, le dessein arrêté de démêler, pour les séparer par des frontières précises, les deux cercles inégalement étendus du droit et de la morale. N'avait-il pas distingué depuis longtemps le *jus* et le *fas*, comme Paul et Modestin ont redit : *non omne quod licet honestum est.* Il a compris et fortement compris, que le droit positif, avec tout son appareil de contrainte, ne pouvant songer à traduire tous les préceptes dans le for extérieur qui est le sien, doit se borner à prescrire et à sanctionner ce qui

est seulement d'intérêt social aussi bien que de pure justice. Sans doute, en persistant dans sa vieille tradition du mariage et du divorce libres, il était resté, pour cette grande partie du droit, inférieur à lui-même, et fort en deçà de ce que le droit positif peut et doit emprunter à la sphère des règles morales, pour les consacrer à raison même du bien public. Mais une antinomie générale et profonde existait entre la tradition juridique de Rome et la direction nouvelle du christianisme, l'antinomie même qui se montrera plus tard entre un certain nombre des créations du droit canon et du droit romain. — Et rien que par les plans mêmes ou données fondamentales, qu'il s'était fortement tracé, le droit romain ne pouvait aisément s'ouvrir à tout l'esprit nouveau de l'institution matrimoniale, suivant la doctrine chrétienne. On s'expliquera mieux ainsi qu'il y ait trop longtemps résisté.

2° Mais voici maintenant une seconde raison, tout entière d'ordre historique et juridique. — C'est que le droit romain classique avait, pour se défendre contre une révolution de son régime conjugal, toute la solidité de ses constructions séculaires, sur la *potestas* d'antique tradition, sur les *justæ nuptiæ sine manu,* avec la dot et le velléien. Oui, la force même de ses constructions si bien établies aux temps classiques, mais par là même si malaisées à démolir ou transformer sur un plan nouveau.

J'insiste devant vous sur cette considération parce qu'il y a là une idée capitale à dégager en toute étude d'histoire du droit; et qu'il est bon de vous mettre à même de saisir ces idées générales, en usant de chaque occasion qui se rencontre. Je vous le donne rapidement comme un lien commun d'histoire; mais c'est à vous d'y réfléchir, en cours d'études, pour vous convaincre par d'autres applications, que ce n'est pas une banalité.

Je vous ai parlé déjà et je parlerai souvent de l'idée de *construction* dans les institutions juridiques, pour mieux faire comprendre, tantôt l'effort prolongé de la coutume

et de la jurisprudence qui est nécessaire pour les établir, tantôt et en ce moment surtout, la force de résistance qui explique tant de peine ou de lenteur à les modifier. Nulle comparaison sans doute n'est parfaite de tous points; mais il n'en est aucune dans l'ordre matériel et tangible, qui puisse mieux traduire l'impression de l'histoire juridique, notamment des réformes apportées en toute légalisation ordonnée.

Un droit positif bien établi, comme celui des Romains, comme notre Code civil et tous nos Codes modernes (tous ces monuments du droit ou *corpus juris*, ainsi qu'on les appelle) ne donnent-ils pas l'idée de grandes constructions dans l'ordre intellectuel et politique, bâties et aménagées par des travaux séculaires pour l'usage d'une société ou d'un grand Empire. Les mœurs et coutumes nationales en ont fourni les premières données, les premiers matériaux. Mais c'est ensuite l'œuvre des jurisprudences et aussi du législateur, de les ordonner en constructions équilibrées, sur des plans harmonieusement conçus. Cette construction logique, dans un droit scientifiquement établi, on la reconnaît sans cesse dans l'ensemble comme dans les moindres détails. Vous le savez déjà par vos trois années de Licence. Et notre fonction à nous autres professeurs, romanistes, civilistes ou historiens, c'est avant tout de vous expliquer les plans fondamentaux et secondaires avec l'aménagement des principes dans cette construction. La pratique vous montrera tout le reste et jusqu'aux moindres détails, devant se rattacher à tout l'ensemble. — Est-il besoin d'ajouter que nul droit, plus que le droit romain classique, n'a donné l'impression de cette forte construction logique, puisque Rome lui a dû dans l'histoire ce renom, d'avoir reçu en partage le génie créateur et constructeur du droit?

Mais si je poursuis ma comparaison : ignorons-nous qu'on ne change pas aisément au gré d'idées nouvelles, si bonnes et supérieures qu'elles soient, le plan ou la distribution d'un édifice bien ordonné. Tout s'y tient, et il

n'est pas facile d'en remanier quelque partie, sans risquer d'en ébranler d'autres ou de faire œuvre trop disparate. Les architectes le savent bien dire à qui rêve ou projette de graves changements d'ordonnance, même en vue d'une perfection plus grande. Les architectes juridiques le diront aussi dans l'empire, à propos des réformes ou des tendances inspirées par la direction nouvelle. Déjà n'avons-nous pas entendu Alexandre Sévère repousser toutes restrictions au principe du divorce en se retranchant derrière les plans séculaires du droit Romain : « *Libera esse matrimonia antiquitus placuit* ». Et je vous expliquerai bientôt tout le détail d'un autre texte du Code où l'Empereur, après avoir reconnu qu'il serait bon d'admettre une pleine autorité maritale, se refuse à la consacrer en règles juridiques, parce qu'elle serait contraire aux vieilles fondations romaines. — Mais voyons le déjà, ce texte, au point de vue de l'idée par nous suivie en ce moment. « Quoiqu'il serait bon, dit-il, que la femme se donnant et se confiant elle-même à son mari, lui laissât prendre en même temps tout le gouvernement de ses biens : néanmoins, les fondateurs de nos lois, ayant posé le principe d'égalité entre époux, nous ne croyons pas devoir reconnaître au mari un tel pouvoir sans agrément spécial et formel de sa femme (1) ». N'est-il pas clair que c'est bien la construction classique qui résiste, et que de ce texte seul ressort ma raison et ma comparaison tout entière?

Dès lors ne soyons pas surpris, malgré toute la force des inspirations chrétiennes sur la coutume matrimoniale, qu'il n'ait pas été si aisé dans le Bas-Empire de renverser ou de refaire l'édifice romain dans une de ses ailes les plus défectueuses. Comme il a fallu bien longtemps aussi, rien

(1) L. 8, C. *De pactis conventis*, (5-14) : « *Quamvis enim bonum erat, mulierem, quæ se ipsam marito committit, res etiam ejusdem pati arbitrio gubernari, attamen, quoniam conditores legum æquitatis convenit esse fautores, nullo modo, ut dictum est, muliere prohibente virum in paraphernis se volumus immiscere.* Ce texte est de 450.

que pour transformer en servage cette odieuse construction juridique de l'esclavage, que les jurisconsultes romains avaient si fortement bâtie contre nature, lorsqu'ils avaient imaginé de concevoir la puissance du maître en un vrai *dominium* et d'en poursuivre, logiquement mais si sèchement, toutes les conséquences (1).

3° Outre cette résistance des constructions du droit privé, il existait contre de promptes et profondes réformes, une troisième raison, dans le droit public de Rome et sa forte conception de l'État. A l'avènement de Constantin, l'État romain, depuis des siècles, gouvernait en toute souveraineté et pleine indépendance comme pouvoir politique, accoutumé à une neutralité presque indifférente en face des religions. Les empereurs, même ceux du Bas-Empire, avaient donc aussi comme tradition de ne parler et agir qu'en chefs d'État, pouvant prendre conseil des croyances, mais sans se laisser dominer par elles, ainsi qu'il adviendra souvent au moyen âge quand l'État aura faibli devant l'Église. A Rome ou à Byzance, c'est toujours l'État qui va conduire et réformer le droit, fût-ce le droit du mariage, alors même que ce sont les croyances nouvelles et les docteurs de l'Église qui le sollicitent ou qui l'inspirent. Par situation même, ou par raison d'État, il sera donc porté à éviter de trop graves changements, en tenant compte des traditions antérieures, comme aussi à ne pas déclarer ouvertement et officiellement de quelle source religieuse les inspirations de ses réformes lui sont venues. Et de là un contraste bien remarquable avec ce qu'il nous sera donné d'observer dans la législation des Francs sous les deux premières races. Les capitulaires nous laisseront voir souvent qu'ils se bornent à recueillir et promulguer des décisions antérieures de Conciles, généraux ou provinciaux. Il leur arrivera maintes fois d'invoquer comme

(1) Et toute la résistance des constructions de la féodalité civile jusqu'en 1789, quel autre exemple de cette observatino générale d'histoire ! — Joindre d'ailleurs la 2e partie du seizième cours, sur cet ordre de considérations.

principes les textes mêmes de l'Écriture sainte. Tandis qu'aux Codes Théodosien ou de Justinien rien de semblable. Toujours c'est l'Empereur qui parle en prince séculier, s'appuyant officiellement sur des considérations d'intérêt public ou de morale universelle, alors même qu'il est visible et indéniable qu'il s'inspire en ses réformes de principes ou de conseils chrétiens (1).

Ainsi peut s'expliquer la permanence du cadre et du fond des institutions matrimoniales de Rome, même sous des Empereurs chrétiens et en présence du christianisme sans cesse grandissant. Néanmoins des réformes, encore que timides, ne vont pas manquer d'apparaître aussitôt, et de se multiplier dans le cadre romain. Nous allons les rencontrer surtout à propos du divorce, des secondes noces, de la situation des enfants légitimes et illégitimes. D'autres se laisseront entrevoir dans les mœurs et dans la coutume, sans avoir passé dans les lois. Toujours est-il que c'est bien dans l'organisation de la famille, dans le mariage et autour du mariage, que le droit privé du Bas-Empire réalisera le plus de réformes et de progrès durables à l'encontre de ce *jus vetus* dont il parle souvent pour le retoucher.

II

Cette direction, sortie du christianisme ne se reconnaît nettement dans le droit de Rome qu'à partir de Constantin (2). Mais il y avait longtemps déjà qu'elle commençait à se faire sentir sur les idées et les usages de la société romaine. Dès que le christianisme se répand et enseigne à

(1) On a pu s'en rendre compte rien que par le texte cité tout à l'heure. « *quamvis enim bonumerat...*, p. 182, note 1.

(2) Jusque-là on ne peut avoir que des doutes au sujet de certaines mesures du IIIe siècle, « ce siècle héroïque de l'Église » dans la législation d'Alexandre Sévère, des Gordiens ou de Dioclétien, qu'il serait bien intéressant de suivre de près à ce point de vue.

travers l'Empire, c'est bien contre le désordre des mœurs et la licence des mariages qu'il tourne le principal effort de sa prédication morale. Le besoin en était si grand ! Et pourrait-on mettre en doute que l'élévation de sa morale et la beauté de ses doctrines lui ont grandement servi à conquérir le monde romain, à côté de ses dogmes et de ses miracles?

Cette action morale, elle apparaît, dès l'origine, au milieu de ces associations naissantes de chrétiens venant comme l'atteste la lettre de Pline à Trajan s'engager tous ensemble à n'être, ni coupables d'autres crimes, ni adultères (1). Pline l'écrivait de son gouvernement de Bithynie. Or c'est l'Orient d'abord qui avait été entraîné par l'ardente prédication de saint Paul. Et en effet, pour s'expliquer comment cet appel au relèvement des mœurs et du mariage a pu être l'un des leviers du christianisme, il n'est qu'à voir l'extrême importance que ce grand sujet de la prédication chrétienne a reçue dans les épîtres de saint Paul, où il est plus répété et développé que dans les Évangiles. On sait combien saint Paul revient sans cesse sur la fornication, et dénonce les infamies des mœurs païennes. C'est lui aussi qui, à plusieurs reprises, a tracé toutes les grandes règles de la direction chrétienne au sujet du célibat et du mariage. J'aurai d'ailleurs à revenir amplement sur l'exposé général de sa doctrine, quand nous arriverons à cette partie de notre introduction qui doit être consacrée spécialement à l'influence des idées chrétiennes sur notre droit français du moyen âge (2). Mais je me borne aujourd'hui à vous indiquer le point de départ et la marche de cette prédication, comme prélude des trop rares réformes du droit romain.

Il n'est pas malaisé de comprendre cette impulsion vigoureuse venue du grand apôtre. Il est sorti de la Judée

(1) « *Se sacramento non in scelus aliquod obstringere, sed ne furta, ne latrocinia, ne adulteria committerent, ne fidem fallerent, ne depositum appellati abnegarent...* ». Cette lettre date de l'an 112.

(2) Voir la 1re partie du seizième cours.

pour prêcher les gentils. Et déjà, en Asie Mineure et en Grèce, à Ephèse, à Athènes, à Corinthe, il a vu avec indignation et douleur le désordre des mœurs. Mais il est venu à Rome même, sous Néron ; et il y a vécu pendant deux ans, avant d'y retourner une seconde fois, pour y mourir. Il fut amené dans Rome comme accusé en Asie Mineure, à raison de difficultés sorties de ses prédications, et se réclamant de son droit de citoyen romain, hérité de son père. Il y a séjourné, gardé à vue, en attendant l'issue de son procès pendant deux années, ce qui ne doit pas nous surprendre en voyant combien traînent, de nos jours encore, nombre d'affaires dans ce grand encombrement administratif et judiciaire des capitales. L'affaire de Paul n'était pas de celles qui alors préoccupaient beaucoup les Empereurs. Et Rome païenne gardait toujours le système de Pilate, indifférent à toute prédication qui ne troublait pas l'ordre public romain. Aussi Paul fut renvoyé absous, mais après avoir demeuré longuement à Rome, sans cesser de prêcher au milieu des humbles. Et à quelle époque? De l'an 61 à 63 sans doute, vers la dixième année du règne de Néron, et dans la période même, où « sur la scène païenne au grand jour de la vie publique, Néron tuait sa mère, répudiait sa femme, épousait sa maîtresse, perdait Burrhus, disgraciait Sénèque, et se faisait cocher, joueur de lyre et comédien » (1).

Saint Paul a donc pu observer, dans Rome même, ce désordre des mariages, où se combinait la licence des divorces avec l'appât des lois caducaires. C'est à l'heure où il espère bientôt partir qu'il a écrit ou inspiré, de Rome, l'épître aux Hébreux. Or, par où débutent les exhortations morales placées au dernier chapitre! « Avant tout que le mariage soit honoré et le foyer conjugal sans tache; car fornicateurs et

(1) V. Auburtin, dans son livre sur « Sénèque et saint Paul », qui donne un aperçu si remarquable de l'état des esprits au premier siècle, avant de combattre la légende des prétendus rapports de saint Paul avec Sénèque.

adultères, c'est Dieu qui les jugera ». Voilà le commencement de la grande protestation chrétienne contre les mœurs et le mariage romains, avec l'appel à Dieu, principe et fin de la morale chrétienne ! Appel à Dieu, qui, venant se substituer à l'œuvre récente et impuissante d'Auguste, devait bien autrement agir sur l'union conjugale, que cette législation savante et toute de calcul, mais par certains côtés si misérable.

Saint Paul a commencé la poussée qui, après lui, pendant un siècle, ne fut continuée sans doute que par des hommes restés obscurs, jusqu'à Saint Justin et Tertullien qui, à la fin du IIe siècle, ouvrent la lignée des grands docteurs de l'église, à l'époque de Septime Sévère, du temps même de Papinien, Paul et Ulpien. Or, dans cette véhémente Apologétique de Tertullien, où il se portait si hardi défenseur de la religion nouvelle en même temps qu'accusateur du paganisme, combien de fois ne revient-il pas sur le désordre des mœurs romaines, hors du mariage comme dans le mariage même, pour leur opposer la conduite des chrétiens, et faire jaillir de ce contraste l'un de ses plus solides arguments en faveur du christianisme ! Nous y voyons aussi ébauchée l'organisation des premières associations de fidèles, s'unissant pour la prière, pour la célébration du culte, pour les aumônes, mais s'engageant de plus à renoncer à toute pratique immorale, et sans doute à tout abus dedivorce, sous la surveillance mutuelle et la censure de leur frères et premiers pasteurs (1). Les chrétiens étaient déjà singulièrement nombreux, comme en témoigne une phrase célèbre de Tertullien et la hardiesse même de son langage (2). Je vous ai dit, déjà, qu'il y a lieu

(1) Apologétique : le n° 39 tout entier, avec cette éloquente conclusion : « *Cum probi cum boni coeunt, cum pii, cum casti congregantur, non est factio dicenda sed Curia.*

(2) Apologétique : n° 37 : « *Hesterni sumus, et vestra omnia implevimus urbes, insulas, castella municipia... castra ipsa... decurias, palatium, senatum, forum; sola vobis relinquimus templa* ».

de supposer comme s'étant rencontrés surtout, parmi eux, ces pactes : *Ne divertere liceret*, qu'Alexandre Sévère s'était refusé à consacrer en droit. Et si j'y reviens à nouveau, c'est qu'il importe de vous faire saisir de quelle manière parvient à se dégager, peu à peu, toute réforme profonde du droit privé, surtout du droit matrimonial ou familial : débutant ainsi par des pratiques nouvelles, sorties d'un renouveau d'inspiration morale, se traduisant bientôt en coutumes d'assentiment volontaire déjà sanctionnées par une discipline librement acceptée; et qui n'attendront plus que le moment de conquérir les pouvoirs publics pour se transformer en législation positive de l'Empire et plus tard de la chrétienté presque entière.

Durant le troisième siècle, cette action salutaire de la doctrine chrétienne sur la pratique des institutions matrimoniales et familiales se poursuit, mais sans qu'il nous en soit resté de traces remarquables à signaler à partir d'Alex. Sévère. Le petit nombre d'écrits des pères de l'Église de cette époque, notamment ceux de saint Cyprien, ne semblent pas avoir touché, autant que ceux de Tertullien, aux questions de mariage.

Cé que nous pouvons suivre dans les quelques constitutions qui nous sont parvenues des Gordiens, de Dioclétien surtout, témoigne seulement d'une tendance continue à mieux entrevoir l'idée d'une *societas nuptiarum*, comme le rôle et les droits de la mère. Mais nulle mesure légale n'a été prise encore ni contre le divorce, ni contre les secondes noces, ni sur les enfants illégitimes. Et il faut bien venir jusqu'à Constantin pour voir la législation s'engager délibérément dans des voies nouvelles.

C'est d'ailleurs au quatrième siècle, et surtout dans sa deuxième moitié, que l'enseignement chrétien, pour la morale comme pour le dogme, va prendre un essor incomparable dans les grandes œuvres des pères de l'Église, de langue latine ou de langue grecque, en Occident et en Orient. Chez eux aussi, se montre constamment le souci et

l'aversion de l'immoralité, si longtemps tolérée dans la société romaine et pour ainsi dire encouragée par le paganisme. Saint Ambroise et saint Jérôme s'élèvent contre ces honteuses facilités laissées aux hommes de s'abandonner au désordre avec les courtisanes ou les *ancillulæ,* sans même se voir astreints, ni par les lois, ni par les mœurs, à la fidélité dans le mariage. Chez nous s'écrie saint Jérôme, comme sait Ambroise : « *nec viro licet quod mulieri non licet* ». Parmi les chrétiens aussi, l'abus du divorce est fortement blâmé, et déjà l'on parle de réclamer sa prohibition absolue. Le célibat, d'autre part, est encouragé, exalté même dans plusieurs ouvrages ou de nombreuses lettres de ces saints illustres, qui le conseillent à la fois sur l'exemple de saint Paul et par réaction contre de longs abus de dépravation païenne. Et c'est bien à propos de toute l'institution du mariage que saint Jérôme proclame alors le grand contraste de la tradition romaine et de la direction chrétienne : *Aliæ sunt leges Cæsarum, aliæ Christi; aliud Papinianus, aliud Paulus noster rescripsit* », cri retentissant qui déjà annonce toute cette transformation dans l'histoire du mariage (1).

Mais ce n'est pas seulement contre le désordre des mœurs et la licencieuse pratique des mariages et des divorces, que s'élève la prédication chrétienne. Fidèle aux traditions bibliques et aux grands enseignements de saint Paul, c'est le rôle et les devoirs des époux, l'un envers l'autre, qu'elle va s'appliquer à retracer tout autrement que ne l'avaient conçu les Romains dans leur union *sine manu*, avant et depuis Auguste. La soumission de la femme envers son mari, regardé comme son chef, le dévouement et le sacrifice dont il est tenu, lui aussi, envers sa compagne,

(1) Lettre à son disciple *Oceanus*, contenant l'éloge de Fabiola qu'il avait à excuser de s'être remariée, quoique chrétienne, après avoir répudié un mari absolument indigne. D'où un parallèle aussi vif que rapide des mœurs païennes et chrétiennes de l'époque.

l'amour et confiance mutuels qu'ils se doivent, l'union profonde et irrévocable qui doit leur faire considérer en toutes choses qu'ils ne font qu'un et comme une seule chair : tels sont les préceptes que rappellent et commentent à l'envi les Pères de l'Église et qu'ils font ainsi pénétrer de toutes parts dans les esprits et dans les cœurs, comme les règles de la vie nouvelle, mais, dès lors aussi, comme principes de nouvelles coutumes.

Faute de pouvoir ici vous donner une analyse complète de ces doctrines ou de ces exhortations si souvent répétées dans les Pères de l'Église (tandis que les anciens philosophes en parlaient si peu), je voudrais du moins, à titre d'exemple, vous montrer ce qu'il est possible de relever, rien que dans l'un d'entre eux, parmi les plus illustres et des premiers en date : saint Ambroise. Il y a du reste d'autres raisons de songer à lui, pour vous faire apercevoir le lien qui rattache à cette direction nouvelle, la réformation morale et les quelques réformes légales ou coutumières du Bas-Empire. Saint Ambroise était issu d'une grande famille romaine, né à Trèves d'un père qui fut longtemps préfet des Gaules. Lui-même avait été haut magistrat de l'ordre civil avant de devenir le grand évêque de Milan. Il resta, dans la sphère politique, l'un des principaux conseillers des jeunes empereurs Gratien et Valentinien. Il fut aussi l'ami de Théodose le Grand. Et sur eux tous il sut, en même temps, conserver et exercer ses prérogatives d'évêque. L'histoire nous a transmis le souvenir de quelques réformes précises qu'il demanda et obtint des empereurs, notamment au sujet de l'empêchement de mariage entre cousins germains [1]. Nul alors ne semble avoir dû exercer une influence plus grande par son enseignement et ses avis sur la direction des coutumes et des lois nouvelles de l'Occident. Cela est si vrai qu'on a parfois songé à lui attribuer ce parallèle des lois de Moïse et de la loi ro-

(1) Lettre 60.

maine(1), que la critique moderne assigne à la fin du IVe siècle, et dont nous n'avons d'ailleurs qu'un trop court fragment, mais portant principalement sur les questions de mœurs et de mariage. Sans l'avoir écrit d'ailleurs, il ne serait pas impossible que saint Ambroise en eût inspiré le dessein, lui qui était plein de l'Ancien Testament jusqu'à le citer sans cesse comme, depuis, notre Bossuet, et qui consacra de grands commentaires à Abraham et à Tobie.

Et bien! que trouverons-nous à relever dans saint Ambroise comme doctrine conjugale, en dehors de la réprobation formelle de l'immoralité païenne et du divorce (2). Qu'on parcoure l'Abraham, le commentaire sur l'épître de saint Paul aux Ephesiens, la lettre à l'église de Verceil, toujours on y retrouve cette idée que le mari doit agir et gouverner en chef, sauf à lui de considérer sa femme comme la compagne de sa vie présente et future : « *Mulier viro deferat, non serviat, regendam se præbeat non coercendam... Vir quoque uxorem tanquam gubernator dirigat, tanquam consortem vitæ honoret, participet ut cohæredem gratiæ* ». Si Ambroise n'en tire pas expressément des applications pour l'ordre civil, n'est-ce pas du moins le principe de l'autorité maritale qu'il énonce, tel qui s'est établi dans nos coutumes et poursuivi jusqu'à nous? Et dans ces termes : *vir caput, vir gubernator,* qu'il a été répété plusieurs fois dans ses œuvres, n'apercevez-vous pas d'où est venu ce *gubernari* que je vous signalais tout à l'heure dans le rescrit impérial de 450 (3), tandis qu'il n'apparaît pas en droit classique. J'aurai soin de relever d'autres rapprochements; comme nous verrons de même ce qu'il a pu dire, au sujet du veuvage, des secondes noces, du rôle des mères, retentir, au moins

(1) Intitulé : *Mosaicarum et Romanarum legum collatio.* — V. aux textes de Girard (tit. 3, 5, 6).

(2) On peut voir à cet égard dans le commentaire sur l'Évangile de saint Luc, le passage qui commence ainsi : « *Prius de lege conjugii, ut postea de prohibendo divortio disputemus* ».

(3) V. le texte, p. 182, note 1. — Et cf. l'*ép. ad Verceil.*

pour partie, dans la législation contemporaine des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose entre 375 et 397 (1).

III

Ainsi vont commencer dès le IVe siècle, avec un changement manifeste des idées et des mœurs, avec certaines coutumes nouvelles, un droit nouveau du mariage témoignant, quoique bien timidement encore, de l'inspiration chrétienne. Et c'est, au Bas-Empire, dans ce qu'il est possible de relever du texte de ses lois, ou de démêler à travers ce qu'on entrevoit de ses usages, qu'il nous faut suivre maintenant les réformes et le progrès des institutions matrimoniales. — Mais j'ai besoin de vous expliquer encore, par d'autres considérations, pourquoi il importe de s'appesantir sur cette étude du droit du Bas-Empire.

Les romanistes de nos jours le délaissent beaucoup et ne craignent pas d'accuser leur indifférence ou leur dédain à son endroit. Ils font remarquer non sans raison, que le droit romain, désormais tiraillé entre les vieilles traditions et les nouvelles tendances, n'apparaît que trop souvent confus, incohérent même, dans ces constitutions impériales qui se multiplient. Ils observent surtout qu'il se produit alors au point de vue de la construction juridique (ou comme on le répète volontiers de la *technique* du droit) une décadence scientifique, qui se manifeste rien qu'au défaut de jurisconsultes célèbres à partir de Modestin, le dernier des classiques. Et certes, il faut bien reconnaître dans le texte des constitutions impériales, une certaine infériorité de plus en plus sensible de style et de doctrine, avant même que les invasions barbares n'aient précipité la décadence des lettres tout entières.

(1) D'autres inductions, non moins frappantes, pourront être tirées de certains passages de saint Augustin que nous retrouverons plus tard, notamment de sa lettre *ad Ecdiciam*, et de l'éloge de sainte Monique dans ses *Confessions*.

Je crois pourtant qu'on serait plus juste et mieux inspiré, en décriant moins ce droit du Bas-Empire pour l'étudier davantage. Et, à mon sens, il est regrettable qu'il n'ait gardé qu'une part si infime dans l'enseignement du droit romain, lui qui pourtant fait partie de son histoire vraie, alors qu'on semble tellement entraîné parfois dans l'inconnu ou l'inconnaissable, à la recherche d'un droit romain antérieur aux Douze Tables, qu'on vise à raccorder aux imaginations de la préhistoire. — Et qu'en résulte-t-il? C'est qu'en négligeant ce droit du Bas-Empire pour s'en tenir, comme tableau du droit romain, aux préparations et conclusions du droit classique, on a trop souvent risqué de tronquer et d'égarer l'histoire même de notre droit français : parce qu'on a été conduit à imaginer et à chercher ailleurs les origines d'institutions ou de coutumes bien étrangères sans doute aux classiques romains, mais qui déjà s'annonçaient dans le Bas-Empire. Combien d'attributions trop exclusivement germaniques ne sont-elles pas venues des suites de cette grande lacune dans l'étude historique de la tradition romaine!

Mais, sans m'arrêter aujourd'hui sur cet important point de vue que nous ne manquerons pas de retrouver, voici encore deux observations capitales qui valent bien d'être notées, pour vous intéresser davantage à cette histoire juridique du Bas-Empire.

Si le droit se déprime scientifiquement, quant à sa technique, il serait difficile de contester qu'en beaucoup de points il s'améliore singulièrement pour le fond des choses. Nous l'allons voir surtout dans notre sujet du mariage, à propos du divorce, de la situation respective des époux, du souci des enfants. Mais nous pourrons aussi l'entrevoir, chemin faisant, à l'égard de la *potestas* qui continue de s'adoucir, et au sujet de la famille en général, où la vraie parenté naturelle, la *cognatio*, va prendre le pas sur la théorie artificielle de l'*agnatio*.

Sans doute, tout ce droit nouveau est, en soi, de nature complexe et mal agencé, faute d'une bonne et persévérante doctrine. La noble construction classique est devenue confuse et disparate au milieu de ces remaniements. Mais ne faut-il pas mettre en balance, à l'encontre des perfections techniques du droit, tout le progrès des idées morales et économiques dont s'inspirent ces réformes? Et si le monument juridique a perdu beaucoup de ses belles lignes et de ses distributions parfaites, ne faut-il pas compter dans une édifice de droit (destiné plus encore à l'usage qu'à la contemplation), tout ce que le fond de ces remaniements a pu lui ménager d'améliorations diverses et surtout d'air pur et de lumière dans le régime de la famille! Nous le sentirons bien à cette seule régénération du mariage (1).

Voilà pour nous rendre plus attentifs au droit du Bas-Empire et qui coïncide avec une seconde observation non moins grave en histoire. Oui, les grands jurisconsultes sont venus à manquer. Il n'y a plus que des juristes secondaires, se dérobant à nous derrière le nom des Empereurs, depuis Hermogénien jusqu'à Tribonien. Est-ce à dire pourtant que l'activité intellectuelle a cessé ou même s'est ralentie, en ce qui concerne précisément ce gouvernement de la conduite humaine en société qui est l'objet du droit? S'il n'est plus de jurisconsultes illustres au IVe siècle, c'est l'époque où commence de s'élever la pléiade des pères de l'Église. Saint Ambroise, saint Jérôme, saint Augustin n'ont-ils pas exercé sur l'histoire générale de l'Occident, sur la vie et les mœurs de notre pays, une telle influence et conquis une telle renommée qu'ils balancent ou dépassent

(1) Nous le verrions de même, quoiqu'à un degré moindre, dans l'esclavage. — Et quant à l'organisation de la propriété foncière, ne pourrait-on encore l'observer au développement de l'emphytéose, création compliquée sans doute, mais qui, prenant pour but d'assurer au vrai cultivateur un droit réel dans sa tenure et comme une part du domaine, devait tant contribuer à préparer notre diffusion de la petite propriété rurale, étouffée par les *latifundia*.

Papinien, Paul et Ulpien? L'éclipse des jurisconsultes, que prouve-t-elle? C'est que la direction juridique est venue à faiblir, peut-être à raison de son insuffisance et de sa sécheresse, tandis que la direction religieuse et morale dut apparaître alors autrement utile ou nécessaire. Le souci d'une telle direction attirait, bien plus que le droit même, les plus grands esprits de cette époque. Cela est si vrai que presque tous ont débuté comme fonctionnaires, avocats, philosophes, rhéteurs, avant de passer au christianisme pour devenir docteurs de l'Église. — Et comment n'y pas voir une leçon ou un exemple à méditer, pour ceux qui seraient portés à croire que le droit, privé et public, peut se suffire à lui-même, sans être appuyé sur un fonds solide de mœurs et de croyances : autrement dit, sans le concours d'une haute et large direction morale qui importe encore bien plus à la société qu'une parfaite élégance du droit positif! En fin de compte, lës plus beaux siècles de la science juridique avaient été, dans la société romaine, ceux de l'altération des mœurs et de la grande dépravation, surtout quant au mariage. Et pourrait-on assurer que ce n'est pas en partie pour cette dépression que le droit romain, malgré sa perfection technique, a subi des réactions parfois excessives et sombré pour des siècles, avec l'empire même?

IV

J'ai dit, qu'à l'avènement et au règne de Constantin doit être surtout rapportée l'impulsion nouvelle, donnée au droit romain, sur l'ensemble des institutions matrimoniales. Or c'est au Code théodosien plutôt qu'au Code de Justinien que nous pouvons prendre une idée de la suite de réformes dues à Constantin. La raison en est simple. Le Code théodosien, composé en 438, n'est postérieur que d'un siècle à la mort de Constantin, dont la législation n'avait guère encore été modifiée. Tandis que Justinien, rédigeant son code

au VIe siècle et après la séparation des deux empires, devait faire état de maintes constitutions nouvelles, y compris les siennes, qui avaient complété ou remplacé celles de Constantin. Justinien d'ailleurs a voulu utiliser dans son recueil toute la suite des constitutions impériales de Rome, même celles datant des Empereurs païens, tandis que le Code théodosien, s'ouvrant par celles de Constantin, avait marqué plus fortement l'idée de former un recueil de la législation nouvelle, due exclusivement aux Empereurs chrétiens. Au surplus l'examen du Code théodosien convient d'autant mieux à notre point de vue d'histoire, que nous considérons surtout le droit du Bas-Empire, en vue de redescendre vers la Gaule du Ve siècle, avec l'idée d'y rechercher la tradition romaine alors en vigueur. Ce sont surtout les lois théodosiennes qui passeront dans le Breviaire d'Alaric et dans la *lex romana Burgundionum* (1).

Constantin va donc ouvrir cette ère de réformes notables dans le droit du mariage. Et en effet son œuvre est considérable; car il a touché à une foule de points qui s'y réfèrent. Il en est un peu de lui comme d'Auguste, mais avec changement manifeste d'inspiration.

C'est lui d'abord qui abrogea les principales dispositions prononçant les incapacités des lois caducaires (2).

(1) J'ajoute pourtant qu'il faudra tenir compte aussi des constitutions romaines signées des Empereurs d'Occident jusqu'en 476, comme ayant dû servir de législation positive dans les Gaules. Et nous retrouverons ainsi quelques Novelles, et même la grande constitution de Théodose et Valentinien sur le règlement du divorce (qui est de 449), quoiqu'elle nous soit surtout connue par le code de Justinien.

(2) L. 1, C. Th. (8-16). *De infirmandis poenis cœlibatus et orbitatis.* La constitution de Constantin laisse assez transparaître son inspiration chrétienne, surtout dans l'insistance qu'il met à épargner aux femmes « *earum cervicibus imposita juris imperia* ». — D'ailleurs Constantin s'était bien gardé d'abroger l'incapacité spéciale, dont les lois caducaires frappaient les libéralités entre époux qui n'avaient pas su avoir d'enfants. — C'est seulement en 410, qu'elle fut supprimée pour permettre les libéralités mutuelles dans les ménages stériles, L. 2, C. Th. (8-17). « *Decer-*

C'est Constantin aussi qui commence la réaction légale contre l'abus si invétéré du divorce et de la répudiation.

C'est lui qui supprime la singulière faculté laissée à tous de dénoncer et de poursuivre les adultères, pour ne réserver l'action qu'à un petit nombre de proches, et surtout au mari.

C'est lui encore, qui commence à restreindre sévèrement la capacité de donner et de recevoir entre le père naturel et ses enfants illégitimes, comme il est aussi le premier à imaginer la légitimation par mariage subséquent : graves mesures d'avenir pour fortifier toute l'institution du mariage.

Et, dans la sphère des intérêts, c'est Constantin qui va créer la théorie des *bona materna,* en ne laissant au père que la jouissance des biens venus aux enfants par leur mère. Non content de mieux assurer ainsi les effets légaux de la « *cognatio* », il aura même l'idée de provoquer des émancipations plus fréquentes, en intéressant les pères à l'abandon de leur *patria potestas.* — Pour le droit des gens mariés, nous allons voir aussi combien il s'est occupé du développement de la coutume nouvelle de *donatio ante nuptias.* Il n'y a pas moins de six constitutions de Constantin par où débute, au Code théodosien, le premier titre consacré aux matières de mariage (L. 3. T. 5. *De sponsalibus*).

Cette énumération préliminaire en dit assez pour bien marquer l'idée et le point de départ de ces réformes, pénétrant enfin dans les lois à l'époque où les empereurs eux-mêmes sont conquis au christianisme. Nous ne pouvons songer à étudier chronologiquement ni minutieusement toutes ces dispositions nouvelles. Plusieurs reviendront à leur place dans l'étude du mariage au moyen âge, ou dans l'examen de la tradition romaine suivie jusqu'au Code civil en nos pays de droit écrit. Ce que je voudrais faire seule-

nimus inter virum et uxorem rationem cessare ex lege Papiâ decimarum, et, quamvis non interveniant liberi, ex suis quoque eos solidum capere testamentis... Tantum post hæc maritus vel uxor sibi invicem derelinquant, quantum superstes amor exegerit ».

ment, c'est de résumer et de préciser les points principaux de cette législation des empereurs chrétiens, en l'interrogeant sur chacune des grandes questions qui reviennent sans cesse dans cette revue générale de l'histoire romaine du mariage.

Pour *la formation du mariage*, il y a peu à relever. Aux Codes, aussi bien qu'au Digeste, nombre de textes viennent redire que le *consensus* seul est essentiel dans le mariage, qu'aucune formalité n'est absolument indispensable, pas même la rédaction de *l'instrumentum dotale*, encore qu'elle fût habituelle et si utile à la preuve du vrai mariage (1). Il a donc été constamment reconnu qu'il était possible d'établir, même par témoins ou d'autre manière (2), que l'on avait bien réellement voulu s'unir comme mari et femme. L'Empire, au nom de l'État, n'a jamais exigé davantage comme principe de droit civil. C'était la vieille tradition romaine, que l'Église conservera à travers tout le moyen âge, surtout en Occident, jusqu'au concile de Trente. Il lui suffisait de prescrire aux fidèles de faire adjoindre à leur consentement mutuel la bénédiction nuptiale à peine de sanction religieuse, pour assurer en fait plus de solennité et de publicité à l'union conjugale. Et jamais, de son plein gré, l'Église ne demandera d'autres formes dans le mariage, même quand elle aura fait prévaloir dans le droit sa grande conception religieuse du sacrement.

On ne voit pas d'ailleurs que le Bas-Empire ait rien changé, pour le fond, à l'antique prérogative du *paterfamilias*, devant consentir au mariage de ses enfants restés en puissance, quel que fût leur âge. Le principe reste posé au Bréviaire d'Alaric comme au Digeste, dans le même texte emprunté aux Sentences de Paul. Au moyen âge seulement, l'Église achèvera de faire tomber ici tout empêchement venu de la *patria potestas*. Si le droit romain, dans les derniers siècles, lui avait apporté déjà plusieurs

(1) V. L. 22, C. (*De nuptiis*) et bien d'autres.

(2) « *Quod ipsorum consensu atque amicorum fide firmatur.*

tempéraments, ils ne furent guère au Bas-Empire que la suite des quelques mesures secondaires déjà prises au temps d'Auguste et des Antonins(1).

Plus digne de remarque est la préoccupation, qui se manifeste au Bas-Empire, en vue d'assurer aux femmes mineures de 25 ans, *sui juris,* la protection d'une assistance, émanée de leurs proches ou même de l'autorité publique. Filles ou veuves, encore jeunes, il n'était ni dans la nature ni dans les mœurs qu'elles fussent abandonnées à elles-mêmes, pour prendre un mari. Le droit classique l'avait admis, pourtant, depuis que la tutelle des femmes avait disparu. Une réforme semblait nécessaire. Elle parut déjà s'annoncer dans une constitution un peu obscure de Septime Sévère, mais ne fut réglée avec précision qu'au Bas-Empire. Une constitution de 371 vint donner au père, s'il avait émancipé sa fille, le pouvoir de consentir en première ligne. A défaut du père c'est à la mère, puis aux proches qu'elle donne le droit d'intervenir. L'idée même qu'à eux il appartient, en fait, d'accueillir et de présenter tels ou tels prétendants (surtout à la jeune fille), se montre clairement dans les textes. Mais on y suit aussi la pensée de la protéger contre des parents trop intéressés, comme héritiers présomptifs, à entraver ses projets de mariage. Et c'est alors que la justice peut intervenir (2). L'*interpretatio* du Bréviaire d'Alaric a pris soin même de préciser ce que cette constitution (diversement rapportée aux Codes de Théodose et de Justinien), laissait obscur. — Mais dans ce consentement familial, ainsi organisé spécialement pour le mariage des femmes, ne voit-on pas déjà comment les mœurs et le droit du Bas-Empire tendent à se rencontrer avec les coutumes naturelles et analogues des Germains?

(1) C'est ainsi qu'on étendit aux fils du *furiosus* la liberté déjà donnée par Marc-Aurèle aux fils d'un *mente captus*. L. 25. C. J. (De nuptiis); qu'on affirma de nouveau le principe que nul ne pouvait être contraint, fût-ce par son père, à nouer comme à renouer mariage. L. 14, C. J. (*id.*).

(2) V. L. 1, puis L. 18 et 20, C. (5-4).

Et comment n'y pas reconnaître aussi l'influence de la direction chrétienne de saint Ambroise, lorsqu'on lit, dans sa recommandation faite à la jeune fille ou à la veuve de prendre conseil de ses parents : « *ita ut electionem mariti parentibus deferat* (1).

C'est contre *le divorce*, contre cette rupture volontaire des mariages, si abusive à Rome, que l'esprit chrétien s'était surtout tourné en invoquant la grande parole de l'Évangile : « *quod deus conjunxit, homo non separet* ». Mais chose remarquable! elle n'est encore rappelée nulle part, à ma connaissance, dans les textes législatifs du Bas-Empire, tandis qu'on la verra couramment citée et invoquée dans la suite du moyen âge. Les textes saints ne sont pas encore regardés comme bases de loi positive. Et d'ailleurs il s'en faut que l'idée du sacrement indissoluble soit encore acceptée et réalisée dans les lois des empereurs chrétiens. Les traditions romaines, dans le sens du divorce et de la répudiation, étaient trop fortes pour disparaître ainsi tout d'un coup de leurs Codes. Si la réaction a commencé dès Constantin, elle est demeurée timide et imparfaite. J'ai à vous rappeler jusqu'où elle avait été poussée en Occident.

D'abord il est un mode de rupture de l'union conjugale, auquel on n'a nullement paré. C'est le vrai divorce, au sens propre du mot, « par consentement mutuel ». Il fut toujours admis, même sans formalités, sans délais, sans épreuves. Son principe demeure clairement affirmé dans un texte d'Anastase (497) inséré au Code de Justinien, L. 9 C. (*De repudiis*). Et presque au même temps la loi romaine des Burgundes le redisait aussi (tit. 21, n° 1) « *consensu partis utriusque repudium dari et matrimonium posse dissolvi* ». Nous en retrouverons l'application dans des formules de l'époque franque. Ainsi l'idée n'est pas encore juridiquement dégagée, d'un lien de mariage subsistant au-dessus et

(1) V. à ce sujet dans saint Ambroise, le commentaire sur l'Évangile de saint Luc, et l'Abraham.

en dehors des volontés qui se sont unies pour le former (1).

Le *repudium* au contraire, c'est-à-dire la répudiation émanée d'un seul époux et qui était devenue si facile et si arbitraire, va être nettement restreinte dans les lois, pour ne plus être conservée que comme répudiation fondée sur causes déterminées et à titre de remède légal. C'est Constantin qui ouvre cette voie; et son édit sera rapporté textuellement au Bréviaire d'Alaric, ou rappelé en abrégé dans le royaume Burgonde. Il formait d'ailleurs, si imparfait qu'il fût, la loi fondamentale à l'époque où fut composé le Code théodosien. Le voici paraphrasé en quelques mots (2).

« Il ne faut pas que mari ou femme puissent se répudier à la légère et sur de faibles prétextes, comme cela arrive trop souvent », disent le texte et l'*interpretatio.* Ainsi, du côté de la femme, il ne suffira pas qu'elle impute à son mari certains défauts, même graves, comme d'être buveur, joueur ou coureur. Mais si elle peut prouver qu'elle a un mari devenu *homicida, medicamentarius vel sepulchrorum dissolutor,* oh! alors elle a juste raison de répudier, avec droit de reprendre sa dot et de recueillir sa *donatio ante nuptias.* — Pour le mari de même, il ne saurait renvoyer arbitrairement sa femme « *ob leve jurgium ut adsolet* ». Il faut au moins qu'il établisse contre elle, qu'elle est *adultera, venifica, vel conciliatrix,* auxquels cas il gardera la dot en recouvrant la donation qu'il avait dû faire *ante nuptias.* — Voilà les motifs donnés un peu à la hâte. Eh! n'est-il pas singulier que, sauf au cas d'adultère commis par la femme, Constantin n'ait eu en vue, comme causes de répudiation, que des crimes portant atteinte à la sécurité publique, sans avoir songé à des actes graves

(1) Il y a plus, Justinien tentera dans sa Nov. 117, n° 10, de supprimer ce divorce mutuel (sauf pour le cas d'entrée en religion ou de vœux de chasteté). Mais il s'éleva bientôt tant de réclamations, que son successeur fut obligé de rétablir ce divorce par une novelle, des plus curieuses pour témoigner de cet état des esprits (Nov. 140).

(2) L. 1 C. Th. (*De Repudiis*).

dirigés spécialement contre le conjoint et troublant surtout la vie commune?

En prohibant ainsi les répudiations arbitraires, il fallait organiser une sanction pour les cas où un *repudium* serait signifié en dehors de ces causes légales, et suivi de quelque nouvelle union, comme on l'avait fait pendant des siècles. Déclarer la répudiation absolument nulle et le premier mariage subsistant quand même, alors qu'il n'existe plus ni vie commune, ni volonté concordante, n'était-ce pas contraire à toute la tradition romaine sur la notion même du mariage? Aussi voyons-nous qu'il est surtout question de peine civile ou criminelle contre celui qui répudie sans motif, et qu'il est même le seul des conjoints dont la liberté soit entravée par un nouveau mariage, comme par châtiment. Mais, en droit, l'union semble demeurer brisée et l'époux répudié sans motif recouvre toute liberté. Que dit en effet le texte? Si la femme a répudié à tort, elle sera frappée d'exil en même temps qu'elle perdra dot et donation. Le mari peut donc se remarier. — Mais s'il est l'auteur d'une répudiation injustifiée, à lui de restituer la dot en demeurant privé de la faculté de prendre une autre épouse. Et s'il l'avait tenté néanmoins? Le texte ne va pas jusqu'à refuser à cette seconde femme le nom d'*uxor;* mais il donne à la première le droit de pénétrer dans la maison et de se faire attribuer toute la dot de l'épouse nouvelle « *pro injuria sibi illatâ invadere domum* ». L'idée est si singulièrement traduite, qu'on se demande à la réflexion comment un tel système pouvait s'appliquer vis-à-vis du mari. Le Bréviaire d'Alaric n'en a pas moins reproduit cette loi de Constantin, sauf à lui donner une couleur plus juridique en expliquant dans l'*interpretatio* que la femme aura le droit de revendiquer (*vindicare*) la maison et le bien du mari avec la dot de la nouvelle épousée.

Ainsi la constitution de Constantin ne saurait nous apparaître que comme une mesure rapide et du premier mouvement. Déjà une autre loi d'Honorius, rapportée éga-

lement au Bréviaire d'Alaric, s'était appliquée à en mieux préciser et mesurer la sanction en déterminant les cas où l'auteur du *repudium* illégal devrait conserver ou perdre la faculté de se remarier et dans quel délai (1).

Mais le droit romain n'en devait pas rester à ce règlement si incomplet et confus. Le Bas-Empire allait enfin recevoir sur ce grave sujet une constitution plus étendue et mûrement réfléchie : celle de Théodose II et de Valentinien III, datée de 449. Justinien n'a inséré qu'elle en son Code, où elle forme la *loi 8*, *De repudiis;* et il est difficile de croire qu'elle n'a pas été de même en vigueur dans la Gaule, comme acceptée de Valentinien III (2).

Cette constitution est longue, elle est à peine indiquée dans plus d'un livre de droit romain. Et pourtant c'est à mon sens un texte capital à connaître dans l'histoire du mariage; car, outre qu'elle nous achemine au droit actuel, elle abonde en renseignements sur la société d'alors et témoigne de sentiments nouveaux, et tout humains, qui semblaient jusque-là inconnus ou refoulés dans le monde romain. Ou peut en tirer plus d'une indication précieuse, il faut l'analyser.

Déjà elle débute par une observation bien simple et naturelle : c'est qu'il importe que le mariage ne puisse se rompre aussi facilement qu'il se noue! Et pourquoi? A cause des enfants! « *solutionem etenim matrimonii difficiliorem esse, favor imperat liberorum* ». Cherchez dans le droit romain antérieur, vous ne trouverez rien de semblable. Auguste a bien songé aux enfants afin de provoquer leur naissance en plus grand nombre. Où voyons-nous des mesures légales prises en vue de protéger surtout

(1) L. 2, C. Th. (3-16).

(2) Il parait du moins certain qu'un préambule, analogue à celui de cette grande constitution, se rencontre dans les novelles de Théodose et Valentinien. Voir tit. XII (de 439). — Mais il n'était question alors que d'abroger toutes les pénalités criminelles de la rigoureuse législation de Constantin.

leur jeune âge? Car il s'agit ici de bien autre chose qu'une *querela inofficiosi testamenti,* ou même une dette alimentaire. N'est-il pas plus important de songer aux soins et à toute l'éducation morale dus aux enfants? Et quel moyen meilleur que d'assurer une observance sérieuse du mariage par leurs père et mère, et d'empêcher l'abus des ruptures suivies de mariages successifs (1)! Or, c'est là une idée, ce souci des enfants, qui revient souvent dans les textes du Bas-Empire, et qui suffirait à lui donner sur le droit classique une supériorité morale incontestable, s'il est vrai qu'il présente cette infériorité scientifique qui ne doit pas suffire à nous décourager.

Puisqu'il faudra désormais, pour rompre, des motifs graves et reconnus *de repudium*, la loi, qui se qualifie elle-même de « *saluberrima lex* », va s'appliquer à les fixer, en partant de cette idée capitale et formellement énoncée que le *repudium* ne doit être admis qu'à titre de secours extrême et nécessaire, encore que malheureux : « *quamvis infausto, attamen necessario auxilio, cupimus liberari.* Comme tout cela est humain! Et n'est-ce pas de là qu'est venue jusqu'à nous l'idée traditionnelle que le divorce ne saurait être considéré comme une faculté inhérente au mariage même et dérivée du *liberum matrimonium;* mais tout au plus comme un remède strictement ménagé en vue d'éviter un mal plus grand.

Mais quels vont être les motifs! — La loi les énonce en premier lieu au droit de la femme; et nous retrouvons bien d'abord l'idée de Constantin dans une longue énumération, qui peut se ramener à cette pensée que le mari, devenu un malfaiteur public, peut être légitimement répudié. Mais la constitution n'oublie plus de songer à d'autres torts du mari envers sa femme même, à qui il pourrait rendre l'existence intolérable. « Si le mari en est venu jusqu'à

(1) V. aussi dans saint Ambroise le passage où raisonnant contre le divorce il s'écriait : *Paterisne, oro, liberos tuos, vivente te, esse sub vitrico?...*

attenter à ses jours ou même seulement la maltraiter ou la battre (ce qui est dur pour une femme ingénue « *quæ ingenuis aliena sunt*) »; s'il a été reconnu adultère, c'est-à-dire complice d'une autre femme mariée; si même le mari, au mépris de lui-même et de sa maison, s'est mis à fréquenter publiquement et sans vergogne des courtisanes (*ipsa inspiciente, cum impudicis mulieribus, quod maxime castas exasperat* ») autant de raisons légitimes pour la femme de reprendre sa liberté par répudiation. — Et sans doute, toutes ces décisions, entrecoupées de leurs motifs, peuvent nous apparaître singulières comme textes législatifs. Mais comment ne pas reconnaître la source de justice et de moralité qui s'en dégage. Et n'est-ce pas l'origine première des formules, plus juridiques, encore que bien vagues, auxquelles nous aboutirons dans ces termes, « sévices ou injures graves ».

Le mari, de son côté, demeure enfermé dans des causes déterminées de *repudium*. Le texte prend soin d'y insister, car c'était là un changement notable aux plus antiques traditions. Et pour lui encore, ces causes sont d'abord celles hâtivement tracées par Constantin, c'est-à-dire, ou la femme adultère contre la loi plus rigoureuse qui lui est faite en mariage, ou la femme criminelle et condamnée comme telle dans la société. Mais voici les canses ajoutées, comme torts très graves envers le mari. D'abord les attentats à la vie ou même les voies de fait « *manus audaces ingerentem* ». Surtout, et ici je traduis littéralement : « Si la femme, à l'insu ou contre la volonté de son mari, va dîner avec des hommes étrangers, si elle passe la nuit dehors sans justes motifs, si même contre la défense de son mari elle fréquente à l'excès les cirques ou les théâtres « *ludis vel spectaculis, marito prohibente, gaudentem* ». On pourrait dire qu'il y a là quelque indice des usages orientaux de reclusion. Mais comment ne pas voir surtout s'affirmer, comme principes de droit, l'idée nouvelle d'une obligation plus stricte de demeurer ensemble, ainsi que celle d'une subordi-

nation imposée à la femme sous la direction de son mari!

Et quelle sanction contre le *repudium* ou la rupture de l'union tentée sans causes légales, étant donné l'embarras qu'avait le droit romain de reconnaître l'état de mariage, là où venait à cesser la vie commune et une volonté concordante de la maintenir! La Constitution de 449 semble plutôt revenir sur les prohibitions et les peines formulées dans les lois antérieures (de 331 et de 421)? Du côté de la femme, la répudiation téméraire l'expose seulement à la perte de sa dot et de sa *donatio ante nuptias*. Il n'est plus parlé de peine criminelle; et le texte ajoutait seulement qu'il lui faudrait attendre cinq ans pour s'unir à nouveau en vraies justes noces. — Pour le mari, s'il a voulu répudier sans motif valable, il n'a qu'à rendre la dot et perdre sa donation. Rien d'autre ne lui est plus imposé. — Tel est resté jusqu'à Justinien le système du Bas-Empire. Les mesures d'irritation ou d'intimidation prises par Constantin ont disparu, du moins pour l'empire d'Orient. Et Justinien conservera dans sa novelle 117 tout le système général de la constitution de 449, sauf à lui faire subir quelques retouches légères, au double point de vue des motifs du *repudium* et de la sanction.

Mais la constitution de Théodose et Valentinien avait annoncé, au début, le souci de l'intérêt des enfants. Après avoir restreint le *repudium*, que faisait-elle donc pour les enfants quand une répudiation, même légitime, venait à désunir leurs auteurs? Elle imposait alors à celui qui n'était nullement coupable du *repudium*, et qui en profitait pour gagner dot ou *donatio ante nuptias*, l'obligation de conserver aux enfants : *omne quidquid ex nuptiis lucratum est* ». J'y reviendrai, en parlant des mesures analogues prises en faveur des enfants d'un premier mariage, lorsqu'il a été rompu non plus par le divorce, mais par la mort.

NEUVIÈME COURS

L'Union conjugale au Bas-Empire et les nouveaux usages entre époux.

La législation nouvelle du divorce temoignait déjà par elle seule d'un progrès sensible dans la notion du mariage, qui n'est plus le *liberum matrimonium* du droit classique. Pour déterminer *les effets* de ce mariage un sens meilleur de l'association conjugale va grandir aussi dans cette période du Bas-Empire. Et nous le pourrons entrevoir en considérant successivement les rapports entre époux ou les rapports des pères et mères, surtout de la mère, avec les enfants.

Entre époux. — Les mœurs et la coutume vont changer, bien plus que la législation ne parlera. Les mœurs se modifient parce que toute cette société, devenue chrétienne, entend sans cesse redire, d'après les Livres Saints et les Pères de l'Église, non seulement que l'union devrait rester indissoluble, mais « que mari et femme ne sont qu'un en toute chose », que la femme doit être soumise à son mari comme à son chef, que, si leur rôle domestique est différent, leurs devoirs pourtant sont réciproques et égaux. Voilà ce qu'on répète désormais et qui va s'imposer comme direction morale. Le droit positif, à la suite des mœurs, s'en serait ressenti plus tôt et davantage, sans la résistancc des traditions et constructions séculaires du droit classique. Mais la législation elle-même du Bas-Empire en porte néanmoins quelques traces, en ce qui concerne la vie conjugale et le régime des biens entre les époux.

I

Et d'abord dans *la vie conjugale,* la fidélité en mariage est de devoir réciproque, et le plus strict de tous. La Rome païenne cependant n'avait entendu frapper que l'adultère de la femme, érigé même par Auguste en crime susceptible d'accusation publique et fournissant pâture aux délateurs. C'était manquer de sens intime dans l'appréciation des misères conjugales, que d'y mêler ainsi les tiers. Constantin vit plus juste, dans l'intérêt des mœurs et de la famille même, en venant décider que l'accusation d'adultère ne pourrait plus appartenir à des étrangers : « *quorum nonnulli id proterve faciunt et falsis contumeliis matrimonia deformant* ». Désormais elle devra être réservée aux très proches parents seuls « *quos verus dolor ad accusationem compellit* »; mais surtout au mari : « *in primis maritum genialis tori vindicem esse oportet* » (1). Et si je relève les motifs, si volontiers énoncés dans ces lois du Bas-Empire, c'est qu'ils témoignent souvent, mieux encore que la décision prise, du changement advenu dans les sentiments et les mœurs, et qui doit préparer l'avenir.

Au contraire, les infidélités du mari restaient impunies, suivant la tradition antique. Auguste n'avait pas voulu songer à les atteindre, comme un texte de Septime-Sévère, rapporté au Code de Justinien (2), prend soin de le constater. Tout au plus l'inconduite du mari l'exposait-il à une prompte restitution de la dot, *ob mores*, après répudiation. — Mais les pères de l'Eglise s'étaient récriés contre cette indulgence abusive et souvent scandaleuse des lois et des mœurs romaines. Lactance l'avait déjà dit du temps de Constantin, sur cette question même des adultères : « *sed divina lex duos in matrimonium pari jure conjungit*. Saint Ambroise et saint Jérôme devaient répéter à maintes reprises « *Apud*

(1) L. 30, C. (9-9). rapportée aussi au Bréviaire d'Alaric.
(2) L. 1 C. (9-9.).

nos quod mulieribus non licet, æque non licet viris »! Nous avons vu qu'au Bas-Empire la nouvelle législation du divorce a commencé d'en tenir compte en reconnaissant à la femme le droit de répudier son mari pour inconduite notoire et de recueillir aussitôt la *donatio ante nuptias*. Ainsi commençait de se traduire, encore faiblement, le principe de la réciprocité des grands devoirs de l'union conjugale.

Mais l'idée d'une obéissance ou subordination générale due par la femme à son mari, comme chef de la vie commune et de la société conjugale, va-t-elle aussi nous apparaître déjà dans les lois? — L'indépendance complète semblait théoriquement consacrée dans le mariage *sine manu* au point de vue du mode d'existence comme des intérêts. Nulle obligation légale pour la femme de suivre son mari ou de résider avec lui. Nul besoin de lui demander assentiment pour l'ensemble de ses actes. La législation nouvelle n'a pas contredit formellement cette tradition. Et nous ne pourrions trouver, même aux lois du Bas-Empire, un texte affirmant pour le mari le droit de réclamer ou de répudier sa femme, si elle refuse de vivre avec lui pour habiter dans sa famille ou seule à part [1]. Mais pourtant son rôle de chef domestique s'est déjà mieux dessiné dans les textes où il lui est permis de répudier l'épouse qui, contre sa défense, abuse des sorties et relations douteuses ou des théâtres. Nous y trouvons l'indication juridique d'un certain pouvoir de direction et de commandement, qui va au delà de la *reverentia* si vague des textes classiques. Et c'est bien quelque notion de puissance maritale qui commence à se dégager dans le droit.

II

En ce qui concerne les biens, nous l'allons voir aussi apparaître, avec quelques meilleurs usages de concours entre les époux.

(1) V. encore L. 11, C. (5-4).

Dans la tradition romaine du droit classique, la femme, ayant fourni sa dot et n'ayant rien d'autre à reprendre, gardait du moins la plus complète indépendance quant à ses paraphernaux. Elle en jouissait par elle-même et en disposait à son gré, sans nul besoin d'autorisation maritale. Il lui suffisait donc de tenir bon pour limiter la constitution de dot, en conservant par devers elle beaucoup de paraphernaux. Elle gardait ainsi toute liberté d'action. J'ai dit déjà que cette réserve des paraphernaux me paraît avoir été la grande habitude romaine aux premiers siècles de l'Empire. Le vieux Caton l'avait dit déjà [1]. Et d'ailleurs l'antique prohibition des dons entre époux, comme le sénatus-consulte Velléien, ne peuvent guère s'expliquer sans cet usage des paraphernaux qu'ils contribuaient singulièrement à sauvegarder contre l'influence du mari.

En descendant vers le Bas-Empire il semble que les femmes devenaient moins soucieuses de réserver autant de paraphernaux indépendants, — qu'il y avait tendance coutumière à les confier au mari et à lui reconnaître la mission légitime de les gouverner, — que la jouissance commune de tous biens, sans compte réciproque, entrait dans l'usage, — et qu'enfin le Velléien, pouvant être écarté, cessait de mettre autant d'obstacles au concours juridique des époux. Quelques textes rares, mais significatifs, vont nous permettre d'entrevoir tous ces points.

Qu'une femme, aux temps classiques, voulût constituer en dot la totalité ou la plus grande partie de ses biens : c'est là ce qui semblait singulier en fait, et presque discutable en droit, jusqu'au temps des Sévères. Nous le voyons par un texte de Paul (*Fr. Vatic.*, *n° 115*), mais surtout par un rescrit d'Alex. Sévère rapporté au Code de Justinien et qui avait cru nécessaire d'affirmer qu'aucune loi ne l'interdit : *Nulla lege prohibitum est*, *universa bona in*

(1) V. page 92, note 1.

dotem marito feminam dare (1). — Mais, à mesure que se fortifiait le sentiment de l'union conjugale, la constitution générale de dot, par où la femme transférait toute sa fortune au mari pour répondre des charges du mariage, ne devait-elle pas se rencontrer plus usuelle? Justinien le constatera plus tard, en y voyant comme une raison d'étendre les garanties de restitution pour la femme. Et il le dit, dans le texte même où il institue l'hypothèque légale de la dot, lorsqu'après avoir invoqué d'abord le dévouement ordinaire de la femme envers son mari (2), il ajoute « *quùm pene mulieribus tota substantia in dote constituta est* ».

Mais nonobstant le développement, tout naturel alors, des constitutions dotales, il n'y avait ni en droit, ni en fait, suppression des paraphernaux. Justinien s'en occupe encore pour son temps dans ses propres constitutions. La femme y gardait maîtrise entière, et la tradition classique voulait que le mari n'eût à y prétendre aucun pouvoir sans mandat de sa femme. Arrêtons-nous donc un moment sur cet usage du mandat conjugal, qui va dès lors se développer.

Les mandats entre époux, et tout spécialement le mandat donné par la femme : c'était en effet la solution logique imposée par le système romain pour concilier ici le principe de séparation et d'indépendance des conjoints, avec cette loi naturelle qui, dans une bonne union, semble désigner le mari pour le gouvernement de tous les biens, à raison de son aptitude et en vue de l'unité de direction. N'ayant pas fait du mari le chef légal de la fortune extra-dotale de la femme (3), il fallait du moins emprunter ce mécanisme si souple du mandat romain pour laisser à l'épouse le moyen de s'en remettre à son mari par bonne entente, comme il pouvait de son côté lui donner mandat d'exercer nombre

(1) L. 4, C. (5-12). — V. aussi p. 89, note 1.

(2) L. 12, C. (8-18) « *quod et corpore et substantia et omni vita sua maritus fungitur* ».

(3) *Procurator legitimus et necessarius,* comme le diront nos romanistes du moyen âge.

des attributions comprises dans son rôle juridique, si excessif, de *paterfamilias* (1). Mais c'était toujours le mandat confié et retiré librement de l'un à l'autre, même par la femme. Les textes de l'époque classique ne semblent pas d'ailleurs s'être préoccupés beaucoup de cette application du mandat de l'épouse, qui, peut-être, à Rome et dans la haute société, n'était pas le plus souvent conféré au mari. Mais à partir du IIIe siècle il est plus facile de suivre l'usage fréquent du mandat donné par la femme à son mari, soit comme mandat spécial de soutenir un procès, de gérer tel ou tel bien, soit comme mandat général d'administrer tous les paraphernaux. On peut même conjecturer, d'après quelques textes, qu'il y avait tendance à reconnaître ce mandat comme résultant de simple accord tacite, et impliquant plus ou moins de latitude pour consommer les fruits en ménage. Car il est des fragments qui nous parlent du mari agissant valablement, non seulement *cum mandatu*, mais *cum conscientia uxoris suæ* (2).

Néanmoins, le principe théorique était le mandat laissé à la volonté de la femme. Des textes ont pris soin d'affirmer que le mari, comme tout mandataire, demeure enfermé dans les pouvoirs qui lui sont confiés. Et le Bréviaire d'Alaric avait recueilli et transmis en Gaule le texte même des constitutions impériales : *Procurator, licet maritus sit, id solum exsequi debet quod procuratio emissa præscripserit* (3).

Constantin vint déjà montrer quelque tendance à conférer au mari des pouvoirs plus étendus, visant à en faire

(1) Bref, au lieu de déduire le rôle respectif des époux de l'idée même d'association qui implique certains pouvoirs réciproques de mener les affaires communes, il fallait bien, puisqu'on les traitait en principe comme des étrangers, rétablir entre eux quelque concert par le moyen des mandats : le mari donnant à sa femme le mandat de conduire les opérations du ménage ou de garder les enfants, comme celle-ci lui donnait souvent mandat de gouverner ses paraphernaux.

(2) V. notamment, la *Consultatio veteris jurisconsulti*, nos 2 et s.

(3) L. 4 B. A. (2-12). — De là ces formules, usitées plus tard entre Gallo-Romains, comme *F. Turonenses*, no 20.

un chef plutôt qu'un mandataire de sa femme. C'est du moins ce qui me semble résulter de la loi 21, *De procuratoribus*, rapportée au Code de Justinien, et où il déclare avec sa véhémence ordinaire que la femme doit s'en remettre à son mari pour ses procès, afin de ne pas commettre l'inconvenance de paraître elle-même en justice (1). Et nous lisons aussi au Bréviaire d'Alaric que Constantin avait voulu permettre aux maris des femmes mineures de 25 ans, de leur donner eux-mêmes le consentement nécessaire à l'aliénation de leurs immeubles sans qu'il fût besoin d'approbation judiciaire « *sine decreti interpositione* ». C'était encore vouloir rompre avec la tradition classique (2), qui n'admettait pas même que le mari fût érigé valablement en curateur de sa femme. N'était-ce pas, chez Constantin, sens meilleur et plus chrétien de l'union conjugale? Toujours est-il que c'est bien la réaction de Julien l'Apostat, qui supprima cette seconde mesure de Constantin, en formulant contre elle une critique sévère (3).

Mais la doctrine chrétienne, enseignant si fortement que le mariage implique l'union absolue, avec le mari pour chef (*caput vel gubernator*), ne devait pas cesser d'agir pour combattre et ébranler cette séparation des fortunes et cette indépendance de la femme, organisées dans les paraphernaux. Et c'est ici que nous retrouverons ce texte de 450 inséré au Code de Justinien : *L. 8, C. De Pactis dotalibus*, dont j'ai eu déjà à vous parler (4). Il se voyait des maris,

(1) L. 11 C. (2-13) *Maritus citrà mandatum in rebus uxoris... intercedendi liberam habeat facultatem ne feminæ persequendæ litis obtentu, in contumeliam matronalis pudoris irreverenter irruant et conventibus virorum vel judiciis interesse cogantur.* C'est comme une obligation de donner ce mandat qu'il impose à l'épouse.

(2) L. 2, C. (5-34), « *Maritus, etsi rebus uxoris suæ debet affectionem, tamen curator ei creari non postest* ». Et ce texte est encore d'Alexandre Sévère ?

(3) L. 3, C. Th. (3-1).

(4) V. page 182, note 1.

non seulement exerçant l'administration, mais réclamant la jouissance commune des biens extradotaux, pour les faire servir, eux aussi, aux charges et besoins du ménage. Et de leur part c'était bien vouloir en faire un droit d'autorité, par coutume nouvelle. Or, que disent et décident les empereurs? Ils reconnaissent qu'il serait préférable qu'il en fût ainsi, pour que le mari gouvernât toute la fortune aussi bien que la personne de sa femme : *quamvis bonum erat mulierem quæ se ipsam marito committit, res etiam ejudem pati arbitrio gubernari.* Eh ! n'est-il pas clair que nous recueillons là, dans le texte impérial quelque écho direct de l'enseignement chrétien? — Mais la décision n'est pas moins remarquable. Ici les empereurs reculent devant l'application logique de leur doctrine. Et, comme les anciens constructeurs du droit romain, disent-ils, ont adopté et organisé le principe de l'indépendance et de l'égalité de la femme en ce qui concerne sa fortune extradotale, la constitution n'aboutit qu'à cette timide conclusion, formulée comme à regret : nul gouvernement du mari sur les paraphernaux n'est possible contre une résistance formelle de la femme : « *Nulla communio uxore prohibente, — nullo modo, muliere prohibente, virum in paraphernis se volumus immiscere* ». Comment dénier ici la résistance des vieilles fondations romaines, s'opposant au progrès naturel et chrétien des notions d'association conjugale [1]?

Il fallait donc toujours l'entente, au moins tacite, et dépendant du bon vouloir de la femme. Mais nul doute que cette jouissance et administration, par habitude commune, devenaient fréquents au Bas-Empire. Des conséquences précises en furent tirées. Et tandis que les textes classiques sont remplis de difficultés singulières au sujet de l'usage commun des biens de l'un ou de l'autre (des maisons ou escla-

(1) L. 8, C. (5-14) « *Hac lege decernimus ut vir in his rebus quas entra dotem mulier habet, quas Græci παραφερνα dicunt, nullam, uxore prohibente, habeat communionem nec aliquam ei necessitatem imponat. Quamvis enim bonum erat*, etc. V. toute la suite du texte, p. 182.

ves, notamment), ou des dépenses occasionnées par la nourriture, le vêtement, les voyages de la femme, une constitution de Théodose II et Valentinien III vient constater que désormais toute réclamation, relative à des fruits et revenus dépensés en commun, devra être supprimée (1). Ici encore les motifs de la loi appellent l'attention. Certaines veuves avaient prétendu, vis-à-vis de leurs enfants ou autres héritiers, demander compte des fruits de leurs biens qu'elles avaient laissés à la disposition du mari, chef de la maison. — Et comment l'admettre, dit l'empereur, quand telle a été la conséquence toute naturelle de leur vie commune, et qu'un tel compte serait si malaisé à établir? Et peu importe qu'il y ait eu déjà bonne dot apportée : « C'est là une loi d'utilité et de concorde pour le genre humain qu'il faut étendre à tout l'Empire, dit avec quelque emphase cette constitution un peu prolixe. Mais l'*interpretatio* du Bréviaire d'Alaric, comme l'intitulé même, l'ont nettement résumée en cette formule si simple et raisonnable. « *De fructibus inter maritum et uxorem in commune expensis, et filiis vel heredibus minimè imputandis* ». Le concours ordinaire, ainsi établi pour la jouissance des biens, devait donc se transmettre en Gaule par le Bréviaire d'Alaric (2).

Mais n'allait-on pas aussi bien prévoir et régler quelque concours d'action juridique et même d'acquisition entre

(1) « *Fructus utique stante matrimonio in illa æqualitate vivendi in commune consumptos..... quorumque ratiocinium perplexum atque confusum ad veritatis fidem discuti posse non credimus* ». Nov. XIII (de 444).

(2) Il est vrai que cette constitution n'a pas été rapportée au Code de Justinien. Mais un texte de Justinien lui-même montre qu'il était fréquent de voir la femme remettant à son mari, dès leur contrat de mariage, le gouvernement de ses paraphernaux, sans avoir compte à demander de la jouissance. L. 11, C. (5-14). Il s'agit de créances hypothécaires dont il a été dit dans l'*instrumentum dotale* « *ut loco paraphernorum apud maritum maneant* ». — Et le texte ajoute plus loin : que le mari peut « *usuras quidem circa se et uxorem expendere, pecunias autem sortis, quas exegerit, servare mulieri.....* »

les époux? Ce concours d'action avec partage des acquisitions réalisées au moyen des revenus et capitaux employés en commun, nous le verrons mentionné plus tard dans la *Lex Wisigothorum,* mais dans la loi barbare, toute mélangée d'ailleurs d'influence romaine. Il faut bien reconnaître qu'il ne se manifeste pas à des signes précis dans les textes romains du Bas-Empire, aux Codes de Théodose ou de Justinien. Des pratiques de société universelle ou de concours volontaires entre époux n'y sont guère mentionnées. — Il devait arriver pourtant que mari et femme, vivant en bonne harmonie dans une union intime et durable, eussent l'idée de faire quelque acquisition ou placements en commun, soit au moyen de leurs revenus ou de leurs capitaux propres. Et je ne fais pas doute que mari et femme devaient maintes fois concourir pour acheter quelques esclaves, ou domaine, ou leur maison d'habitation, voire pour prêter ou placer ensemble leurs fonds, de même que des dons ou legs pouvaient leur être faits conjointement. Mais en suivant les principes venus de la tradition classique, il ne pouvait y avoir là qu'une société ou une indivision ordinaire, dans les termes du droit commun, comme entre étrangers, égaux, indépendants vis-à-vis l'un de l'autre, et s'unissant pour une opération déterminée. Aussi les textes n'en disent-ils à peu près rien (1). Ce qu'ils laissent entendre surtout, c'est que chacun des époux conservait en droit pour lui seul les acquisitions faites de son chef, à titre onéreux ou à titre gratuit. La femme n'avait rien à prétendre (en dehors de la dot et *donatio ante nuptias*), sur les acquisitions du mari naturellement plus fréquentes à raison de ses économies ou de son travail. Pour

(1) On trouve pourtant au Digeste un fragment bien remarquable de Scévola. L. 41, pr. D. (32) : *De legatis*, qui montre que l'usage conjugal d'acquérir en commun pouvait être assez répandu dès l'époque classique, puisque ce texte nous rapporte le cas d'un mari s'étant servi de cette apparence d'une acquisition à deniers communs, pour avantager sa femme qui n'avait en réalité rien déboursé. — V. encore, p. 217, note 2.

elle, si elle gardait ses propres acquisitions, il semblait nécessaire seulement qu'elle pût faire apparaître le titre ou la cause d'où elles lui provenaient. Sinon, le mari ou ses héritiers restaient en droit de prétendre qu'elles n'avaient pu lui venir décemment que de son mari même. Et c'est alors la prohibition ou restriction des dons entre époux qui entrait en jeu, pour permettre au mari de reprendre au besoin ces biens d'acquisition incertaine ou obscure (1).

Nous ne trouvons rien d'autre à cet égard, jusque dans les textes postérieurs du Code. — Justinien, d'ailleurs, s'éloignera dans ses réformes matrimoniales de tout principe de collaboration et de communauté, et ne reproduira pas même la constitution générale de 450 sur les revenus et dépenses en commun. Mais je demeure porté à croire que le concours juridique des époux pour acquérir et agir à deux comme pour jouir de leurs biens, avait pu se développer dans les pratiques du Bas-Empire et pouvait persister davantage aux régions d'Occident. La législation impériale ne semble pas y avoir porté grande attention, sans doute, mais ne dit rien qui aille à l'encontre de la faculté d'acquérir ou d'aliéner ensemble, terres, maisons, esclaves, ou autres biens. Nombre de textes nous ont montré sur d'autres points l'usage plus répandu d'agir ensemble ou l'un pour l'autre, comme de charger le mari des affaires de sa femme. Et, d'ailleurs, l'habitude constatée de jouir des biens en commun ne peut-elle suffire à faire supposer d'autres tendances pour l'emploi commun des capitaux mêmes (2).

(1) L. 5, C. (5-16), texte d'Alexandre-Sévère (228) : « *Nec est ignotum quod, quum probari non possit, unde uxor matrimonii tempore honestè quæsierit, de mariti bonis eam habuisse, veteris juris auctores merito crediderint.*

(2) Qu'on voie d'ailleurs, comme le texte cité tout à l'heure, L. 41, D. (32) laisse bien apparaître déjà les sentiments conjugaux et, tout spécialement le sentiment de justice et de gratitude maritale qui, en s'exaltant sous une direction nouvelle, nous a valu notre coutume de communauté légale.

Mais ce qui peut bien le faire voir encore : c'est le mouvement qui semble s'être dessiné contre le sénatus-consulte Velléien entre l'époque classique et Justinien, et sur lequel je dois appeler votre attention. La défense faite aux femmes d'intercéder pour autrui, et spécialement pour leur mari, se dressait comme une véritable barrière contre toute pratique générale d'action juridique commune entre les époux. Sans doute la femme, quand elle s'oblige avec son mari, peut agir parfois pour son propre compte ou pour sa part, au même titre et sur le même plan que lui. Et ce n'est pas alors une *intercessio* prohibée. Mais souvent l'intervention de la femme ne se présente qu'en vue de seconder le mari, qu'elle soutient de son concours et de son crédit, pour lui faciliter des opérations d'emprunt ou autres affaires, qu'il a surtout lui-même conçues et préparées. N'est-ce pas la suite de l'idée naturelle, qu'il dirige et marche en tête de celle qui est sa compagne et son aide? Mais, au point de vue romain qui a si mal compris leur société, et dans cette intervention de la femme, destinée à mieux montrer leur accord vis-à-vis des tiers, la question si délicate d'*intercessio* devient susceptible de se poser. Et la perspective d'une invocation possible du Velléien aurait singulièrement entravé des pratiques usuelles de concours et d'association entre époux. — Or que voyons-nous d'autre part? C'est qu'au Bas-Empire, il entra dans l'usage de faire renoncer les femmes au bénéfice du Velléien; et plus tard on reconnaîtra la validité de cette renonciation. L'épouse, résolue à seconder son mari; la mère, voulant prendre l'intérêt ou la tutelle de ses enfants, voilà celles qui souffraient surtout du Velléien, à cette époque où les femmes ne des-

Écoutons le mari dans son testament disant à sa femme : « *quum scias me universam emptionem ejus fundi fecisse sed beneficio affectionis et pietatis, quam tibi debui, eamdem emptionem quum nummis meis comparassem tecum communicasse* ». Ne sent-on pas là, comme une délicatesse du mari ayant scrupule d'avoir profité trop exclusivement des revenus dotaux et du dévouement de sa compagne?

cendaient plus aussi volontiers sur le *forum* pour s'engager et se compromettre, on ne sait pour qui (1). C'est donc bien pour elles et notamment pour l'épouse, qu'il parut légitime de consacrer ces renonciations formelles et devenues fréquentes. Ainsi le déclara une constitution célèbre d'Anastase, qui n'est datée que de 508 et qui ne fut portée qu'en vue de l'Orient (2). Mais il est bien permis de supposer que dans l'Occident, tout aussi bien, ces renonciations étaient entrées dans l'usage, comme on les y retrouvera d'ailleurs au moyen âge, et même après la renaissance du droit de Justinien. Le code Théodosien n'avait pas rappelé d'ailleurs formellement le Velléien, mais seulement la prohibition faite aux femmes d'agir en justice *pro alio* qui, elle, s'est toujours conservée comme interdiction d'office viril et qui se rattachait à l'ancien édit prétorien *de postulando* (3). Le Bréviaire d'Alaric n'a que deux ou trois lignes des Sentences de Paul (L. 2. T. 11) qui rappellent la défense d'intercéder, sans rien préciser à l'endroit même des maris. La *lex romana Burgundionum* ne contient même aucune mention de l'*intercessio,* ni du Velléien. N'est-il pas permis d'en induire que de ce côté la tradition classique du droit romain, quelque peu ébranlée, ne pouvait plus autant gêner les tendances nouvelles, et que dans la Gaule des v° et vi° siècle, il était possible et naturel de voir, même entre Gallo-Romains, les époux agir en commun pour acquérir, aliéner, s'obliger ensemble. Oui : « *simul collaborare et simul consumere*, suivant les expressions bien latines, devenues usuelles, et que reproduira la loi Ripuaire pour leur donner tant de relief et tant de portée d'avenir. — Comme on voudrait avoir assez d'actes du v° siècle, pour être à même d'observer cette tendance au concours ordinaire des époux dans les

(1) Il est facile de constater que la plupart des textes du Code : *Ad S.-C. Velleianum*, ne prévoient plus que des intercessions de mère ou d'épouse.
(2) L. 21 C. ht. (4, 29).
(3) L. 1 § 6, D. (3-1), L. 5 C. Th. (2, 12), L. 18, C. J. (2. 13) et L. 6. (2-56).

actes juridiques, concernant tous deux ou l'un deux ! Mais, pour moi, je suis porté à croire que cet usage si répandu dans la suite et qui, dès le VI[e] siècle, se reflète si clairement dans les formules et dans les chartes, avait déjà commencé spontanément dans la société gallo-romaine et ne saurait être considéré uniquement comme une coutume due aux barbares. L'union conjugale, resserrée et pratiquée d'après la direction chrétienne, pouvait et devait même y conduire (1).

C'est Justinien, qui est venu contrarier beaucoup de ces nouvelles tendances, en orientant ses grandes réformes du régime matrimonial dans un sens tout opposé à celui d'un concours ou *collaboratio* entre époux (2). Il semble en effet qu'on peut démêler dans les diverses mesures de Justinien deux idées principales et distinctes.

L'une a été de mieux affirmer que, malgré la *datio dotis*, la dot demeure en réalité le bien de la femme, confié seulement au mari pour un temps, en vue des charges du ménage, mais dont le mari ne saurait être vraiment considéré comme unique propriétaire. Aussi a-t-il décidé que, toujours, la dot doit revenir intégralement à la femme ou à ses héritiers, quand sa destination a pris fin avec le mariage même. Aussi a-t-il multiplié ou fortifié les voies et moyens donnés à la femme, pour recouvrer sa dot à l'encontre des actes du mari. En remaniant, tout à son avantage, les anciennes actions restitutoires : *ex stipulatu* et *rei uxoriæ;* en la proclamant propriétaire, elle aussi, et munie au besoin d'une revendication utile; en lui assurant de plus une hypothèque légale, comme solide garantie : Justinien a suivi cette pre-

(1) En se reportant aux Papyrus de Ravennes, on trouve pour la fin du V[e] siècle des débris d'actes (notamment de donations) qui portent trace manifeste du concours juridique des époux. V. aussi les *Form. Ang.* du début du VI[e] siècle. — Nous verrons d'ailleurs avec quelle autorité saint Augustin le recommandait ou l'enjoignait.

(2) Nous ne saurions insister aujourd'hui, sur ce droit de Justinien, qu'il nous faudra retrouver et suivre en pays de droit écrit.

mière idée, et il a été bien inspiré. Il n'a fait que répondre aux naturelles exigences de la donnée d'union conjugale. Car si la femme doit reconnaître le mari pour chef du ménage en lui remettant une dot, et s'il est bon qu'elle accepte sa direction pour tout l'ensemble des intérêts, il est juste aussi que la restitution de cette dot lui soit solidement assurée à l'égard du mari traité en chef responsable, et tout spécialement obligé de conserver ce qui lui a été apporté et confié par sa compagne. — Nous verrons, à travers notre ancien droit coutumier, le grand développement donné à cette idée de Justinien, qui a pu très bien se concilier avec le concours ordinaire des époux, avec leur communauté même dirigée par le mari comme « seigneur et maître », et accueillant l'hypothèque légale. Il n'est rien là d'absolument contraire aux saines notions de l'association conjugale, qui veut un chef à larges pouvoirs, impliquant grande responsabilité.

Mais il est une autre idée romaine que Justinien a voulu reprendre à son compte et même exagérer plus encore : celle de sauvegarder la femme mariée contre elle-même, en la rendant juridiquement incapable, au point de ne plus lui permettre, dans la plupart des cas, de pouvoir concourir ou s'obliger dans l'intérêt de son mari. Sa préoccupation si souvent répétée : « *ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ eorum converteretur* » (1) l'a entraîné à ne plus admettre que la femme pût se lier, même envers les tiers. Et de là cette double mesure, bien connue de vous, par où il a décidé : 1° que le fonds dotal ne pourrait plus être aliéné, même avec le consentement de l'épouse; 2° que la femme ne saurait faire renonciation valable au secours du Velléien, quand il s'agirait d'une *intercessio* pour son mari. — Par là il proclamait les idées fondamentales du régime dotal de l'avenir, mais en transformant sensiblement le régime antérieur. Nous les retrouverons en France, avec

(1) Instit. L. 2, t. 8.

leur singulière fortune, à partir de la renaissance. Car c'est bien le concours pécuniaire entre les époux qu'il s'était refusé à organiser, même dans l'union conjugale chrétienne, mais seulement, alors, pour l'empire d'Orient où il régnait.

Il ne faut pas que tout ce grand remaniement de Justinien nous détourne de voir la tradition romaine antérieure, telle qu'elle pouvait se dessiner au v[e] siècle dans les régions de l'Occident. Sauter du droit classique au droit fixé par Justinien, sans regarder aux IV[e] et v[e] siècles du Bas-Empire, n'est-ce pas s'exposer à de grandes méprises sur la vraie tradition romaine qui avait dû se poursuivre en Gaule. J'insiste donc pour vous faire observer que la société romaine et chrétienne d'Occident ne semblait nullement incliner à un régime aussi purement dotal et méfiant. Ni le Code Théodosien, ni les *leges romanæ* des Wisigoths et des Burgondes, n'en donnent l'impression.

En résumé, si nous n'avons pu trouver au Bas-Empire, à propos du mariage, quelque vraie construction juridique nouvelle (hormis la *Donatio ante nuptias* sur laquelle je vais revenir), toujours est-il que le système si fortement établi comme tradition classique est déjà sensiblement ébranlé. La démolition est commencée ; et le terrain se dégage pour des coutumes et des institutions nouvelles qui pourront être mieux en harmonie avec la notion d'association conjugale, dirigée par le mari avec le concours de sa compagne. La gestion des paraphernaux le plus souvent confiée au mari, en dehors de la dot ; — la jouissance des biens en commun sans comptes respectifs, — l'*intercessio* de la femme susceptible d'être validée, — le concours juridique des époux devenu fréquent pendant l'union rendue plus durable, — et jusqu'aux donations et testaments mutuels par un seul et même acte, admis et passés dans l'usage (1) :

(1) C'est là encore un trait carastéristique, qui résulte d'une novelle

autant de traits qui s'adjoignent pour répondre aux données d'un mariage plus stable et conçu comme union chrétienne.

Il faut tenir compte de tous ces éléments pour comprendre la grande transformation coutumière qui ne sera sans doute achevée, bien obscurément, qu'après la chute de l'Empire romain et les invasions barbares, mais qui déjà s'annonçait par des signes manifestes dans la société du Bas-Empire, et plus encore en Occident (1).

III

Un point me reste encore à rappeler : l'usage de cette libéralité assurée par l'homme qui se marie à sa fiancée, sous le nom de *Donatio ante nuptias*, qui est devenue une institution nouvelle et considérable dans le régime matrimonial du Bas-Empire, et dont il importerait de pouvoir dégager les raisons et les conséquences.

Justinien énonce aux Institutes que cette coutume était inconnue des anciens prudents. Et, en effet, nous voyons seulement indiqués, dans les textes classiques, quelques

de Valentinien III (Nov. XX, de 446) promulguée pour l'Occident et rapportée au Bréviaire d'Alaric, sans avoir pris place au Code de Justinien. L'Empereur y consacre le testament mutuel de Leonius et Jucunda, restés sans enfants, en des termes qui seraient à citer pour montrer, jusque dans l'œuvre législative, ce sens meilleur de l'union conjugale, plus visible aux régions d'Occident. — Et déjà l'idée de ces donations mutuelles au survivant nous est apparue dans un texte de 410, L. 2, C. Th. (8-17). V. p. 196, note 2.

(1) Lorsqu'on rapproche les dates des principales constitutions du Bas-Empire qui ont trait au droit matrimonial, on observe aisément qu'entre les deux législations si actives, de Constantin au début du IVe siècle, et de Justinien (1re moitié du VIe), deux autres époques semblent avoir été fécondes : l'une, qui est celle du temps de saint Ambroise et des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose le Grand (375 à 397) ; l'autre, qui suivit immédiatement la compilation du Code Théodosien et qui se rapporte au règne de Valentinien III, empereur d'Occident jusqu'en 455. C'est d'ailleurs l'époque où saint Jérôme et saint Augustin viennent de s'éteindre, et où vont s'activer les invasions barbares.

exemples de présents, ou de cadeaux d'argent, remis par le fiancé avant les noces (1), mais rien qui ressemble à une vraie donation de quelque importance, solidement assise en vue de l'avenir. Les Romains pouvaient-il songer à un tel abandon, anticipé et irrévocable, des biens du mari, quand la pensée de divorce était toujours présente? C'était au mari, dans les unions plus stables, de songer d'autre manière à reconnaître le dévouement de celle qui lui avait apporté une dot sans avoir rien d'autre à prétendre, et de pourvoir par testament aux besoins et à la dignité de son veuvage. Il y avait là tout un objet important du testament des *patresfamilias*, quand ils réglaient en vue de leur mort, le sort de leur maison. Les textes classiques abondent en indications précieuses sur ce côté des mœurs romaines, et nous montrent l'épouse assez souvent instituée au nombre des héritiers de son mari, mais surtout gratifiée d'usufruit ou de pension viagère, genre de legs ou fidéicommis qui répondaient si bien à sa situation de veuve, ayant besoin d'un revenu et demeurant étrangère à la famille de son mari et de ses enfants. On a été même jusqu'à dire que ces dispositions s'imposaient comme un devoir tracé dans l'usage, encore qu'il soit assez difficile de discerner quelle sanction morale l'aurait soutenu.

Mais ce n'était toujours que le testament du mari, dépendant jusqu'à ses derniers jours de ses volontés arbitraires et changeantes. Et il se conçoit qu'avec une notion meilleure de l'union conjugale, la pensée soit venue de mieux assurer ce que réclamait si justement la situation de la femme engagée dans le mariage. De là a dû sortir la coutume de *donatio* dite *ante nuptias*. On peut suivre au Code de Justinien, dans quelques constitutions impériales du IIIe siècle, à partir de Sévère, les débuts de ce nouvel usage qui prend plus de consistance au temps de Dioclétien. La *donatio ante nuptias* n'est plus seulement quelque

(1) L. 66, D. (24-1); L. 27, C. (5-3).

présent du fiancé pour plaire à sa jeune épouse ou à sa famille. Elle se montre à nous comme pouvant être donation d'esclaves ou même d'immeubles, réalisée alors par tradition immédiate, mais pouvant être aussitôt reprise et gardée sous la main du mari, au même titre que la dot (1). Tant il apparaît bien qu'il s'agissait surtout de mieux pourvoir à la situation de la femme, pendant et après le mariage, avec cette partie de la fortune du mari.

A dater de Constantin, qui lui a consacré plusieurs lois, cette *donatio ante nuptias* se montre à nous comme prenant dans la législation matrimoniale une place de premier plan. Et les mesures ne cesseront de se multiplier jusqu'à Justinien pour la régler comme une institution fondamentale, presque aussi usuelle et importante que la dot; mais combien plus obscure en ses constructions! Ce qui se dégage de plus précis, dès le IVe siècle, c'est qu'une *donatio ante nuptias* devait être faite par le mari en même temps qu'il recevait la constitution de dot. Et toutes deux vont être énoncées ensemble dans *l'instrumentum* dotale, comme formant le double et principal objet d'un contrat de mariage, du moins quand la fortune des époux était suffisante pour mériter qu'il en fut dressé (2). On compte parmi les devoirs d'un père (*paternum officium*), de fournir une *donatio ante nuptias* pour son fils comme une dot pour sa fille (3). Si le mariage n'a pas lieu, la *donatio ante nuptias*, en principe du moins, devra tomber tout comme la dot (4). Les biens du mari, compris dans la donation, res-

(1) L. 8 et L. 14, C. (5-3), de Dioclétien.

(2) L. 22, C. (5-4). — Nous devons noter en effet, comme une mesure pratique du Bas-Empire, la dispense d'acte écrit qui fut expressément concédée à toute *donatio ante nuptias* inférieure à 200 *solidi*. La constitution qui est de 428, et qui n'a pas été reproduite au Code de Justinien, fut insérée au Bréviaire d'Alaric, L. 8 (3-5), et se trouve aussi résumée dans la *Lex Romana Burgundionum*, comme applicable à toute donation *nuptiales*. Tit. 22, n° 3.

(3) L. 7, C. (5-11).

(4) L. 15, C. (5-3).

tent d'ailleurs sous sa main pour répondre, en même temps que la dot, des charges du mariage, sauf à ne pouvoir de même être aliénés sans le consentement de la femme. La femme n'en pourra rien réclamer qu'à l'époque où elle recouvrera sa dot. C'est donc surtout comme gain de survie, que la libéralité aura son principal office. Et de plus l'idée si naturelle, que ces biens n'ont dû être pris sur la fortune du mari qu'afin d'être conservés et transmis aux enfants, après avoir mieux assuré le sort de leur mère, peut être notée parmi celles qui se détachent le plus clairement à travers cette législation confuse du Bas-Empire. Nous en suivrons les conséquences au sujet des divorces et des seconds mariages.

Il reste d'ailleurs beaucoup de points obscurs, surtout dans les textes si incomplets passés en Occident. — Dans quels termes se faisait ordinairement cette donation *ante nuptias* au IVe et Ve siècles? — Comment arrivait-on à en faire une donation entre-vifs et irrévocable, qui ne s'ouvrait guère qu'à titre de gain de survie? — Sur quels biens portait-elle de préférence : meubles ou immeubles? Quelle importance pouvait-elle avoir dans l'usage, et quels rapports de quotité avec la dot (1)? — Par quelles actions la femme pouvait-elle y prétendre, et dans quelle mesure ou par quels moyens lui était-elle garantie? Autant de questions (entre bien d'autres) dont on désirerait avoir la solution pour être mieux à même de comprendre, au point de vue des mœurs et du droit, tout le jeu de cette institution.

Il est sans doute quelques-uns de ces problèmes auxquels on peut trouver réponse suffisante, mais au point de vue de l'Empire d'Orient, lorsqu'on continue d'y suivre

(1) On trouve dans Sidoine Apollinaire (Lettre 70, vers 472), l'histoire d'un jeune Gallo-Romain d'Auvergne, donné comme un habile homme pour avoir su épouser une jeune fille fort riche en ne lui faisant qu'une donation presque illusoire (*mimica largitu*) et se marier ainsi, quoique *filius-familias*, à l'insu de son père.

la *donatio ante nuptias* depuis la seconde moitié du v[e] siècle jusqu'aux Novelles de Justinien. Une idée précise, encore que singulière, qui se dégage alors, est que cette *donatio* du mari doit principalement servir de contre partie à la dot de la femme. Elle ressort avec une grande clarté, de ce que Justin vient enfin permettre de la constituer ou de l'augmenter même pendant le mariage à l'exemple de la dot, et aussi de ce que Justinien lui assurera tout le système général des garanties de la dot, fondées sur la même raison : celle de sauvegarder la femme contre son mari et contre elle-même. N'ira-t-il pas jusqu'à ordonner que la donation venue du mari soit toujours absolument égale en valeur à la dot même, quelle que soit la fortune des conjoints! Comment d'ailleurs ne pas reconnaître cette idée sytématique de faire de la *donatio nuptialis* la contre-partie même de la dot, quand Justinien rappelle avec tant d'insistance qu'elle est (contre-dotale) *antipherna*, bien plutôt que simple *donatio* (1).

C'était à coup sûr une idée excessive de vouloir à ce point rapprocher et balancer deux choses si différentes : la dot, dès maintenant apportée au mari dans le but précis de subvenir aux charges du mariage, avec cette donation maritale conférée éventuellement à la femme pour ne profiter qu'à elle seule, après l'union même. Et nous pouvons affirmer tout au moins qu'un pareil excès de symétrie n'avait pas été imposé en Occident où, suivant sa donnée première, la donation maritale n'avait été consacrée que comme donation libre, faite avant *nuptias* (2).

(1) Et il ajoute : *Si igitur et nomine et substantia nihil distat a dote ante nuptias donatio : quarè non etiam et simili modo et matrimonio contracto dabitur? Sancimus itaque, omnes licentiam habere donationes mulieribus dare propter dotis dationem ut non simplices donationes intelligantur, sed propter dotem et propter nuptias.* L. 20, C. (h. t.). V. aussi L. 19.

(2) Et pourtant on pourrait voir aussi dans une longue et curieuse novelle de Majorien (VI, n° 9), quelque idée semblable « *ut nuaquam minorem, quam exigit futura uxor sponsalitiam largitatem, dotis titulo se noverit*

Mais si, laissant cette législation ultérieure de Byzance et songeant surtout à la Gaule, nous entendons rester aux abords du v[e] siècle, quelles raisons peut-on bien entrevoir de cet usage, si connu et favorisé alors, de la *donatio ante nuptias*? C'est là le point le plus intéressant à nos yeux, si nous ne voulons rien oublier de ce que la tradition romaine a pu fournir comme antécédents de notre coutume matrimoniale et de notre douaire français. — Il est surprenant que les constitutions du Bas-Empire, si abondantes souvent dans leurs motifs, ne se soient pas davantage expliquées sur les origines et les raisons de cette *donatio ante nuptias*. « *Sponsalitia largitas, — pro pudore accepta — pro remedio nuptiale* », tels sont les termes vagues qu'il est seulement possible de glaner dans les textes, en dehors de ce dessein si nettement exprimé plus tard par Justin et par Justinien, de contrebalancer la dot. Mais si l'on cherche à pénétrer les considérations qui ont dû conduire, les familles romaines à cette convention antenuptiale si usitée, voici les motifs divers et assez complexes qu'il est possible de conjecturer.

Le sentiment, sans nul doute, a eu son rôle dans le développement de cette donation *ante nuptias* comme nous le retrouverons au douaire français. Et j'entends par là ce sentiment, de tout temps naturel au cœur de l'homme, qui le porte à marquer, par quelque témoignage de gratitude, le jour où il se voit assuré d'obtenir celle qu'il a choisie et qui doit le suivre en sa demeure pour se donner toute à lui, en lui servant désormais de compagne. Les Prudents de Rome n'avaient-ils pas eux mêmes à s'occuper parfois de ces présents, déjà accoutumés et remis avant le *deductio in domum*? Juvénal n'a pas emprunté au *morgengab* des Germains ce qu'il nous rappelle incidemment à titre d'usage romain : *illud quod*

collaturam... » (de 458). Et l'ensemble du texte fait comprendre qu'il devait se rencontrer des femmes ou des familles manifestant des exigences abusives quant aux donations *ante nuptias*.

prima pro nocte datur. Quand la donation *ante nuptias* a pris tant d'importance, un texte du Bas-Empire la désignait encore en ces termes « *universa pro pudore accepta* (1) », où l'on a cru retrouver aussi quelque écho d'une phrase de Tertullien. Au surplus, il est une décision de Constantin passée au Bréviaire d'Alaric, qui témoigne bien de la part faite au sentiment dans cette institution du Bas-Empire, lorsqu'il vient décider que la donation, au lieu de tomber tout entière par la mort du fiancé survenue avant le mariage, devra être conservée pour moitié si la mort n'avait frappé qu'après le baiser de fiançailles : *interveniente osculo* (1). Ainsi la femme mérite cette donation comme en récompense d'avoir promis de se donner. Voilà ce qu'implique déjà cette coutume de la *sponsalitia largitas*. Constantin d'ailleurs l'avait dit lui-même d'un autre mot quand il l'avait qualifiée *donatio maritalis quæ pudicitiæ præmio cessit* (2). Et pour tenir compte de tout le sentiment qui l'a inspirée, il n'est pas excessif de conjecturer que la direction chrétienne, en écartant les mauvaises chances du divorce, en ranimant et relevant le sens de l'union conjugale, en faisant mieux comprendre au mari ce qu'il doit comme chef à celle qui va s'abandonner à lui, dut grandement contribuer dans le Bas-Empire à développer un usage que l'Église favorisera toujours, au moyen âge, sous les divers noms de *donatio nuptialis, dotalitium* ou *sponsalitium*.

Mais de véritables institutions juridiques ne sauraient

(1) Novelle de Valentinien III, tit. XII, n° 8.

(2) L. 5, C. Th. (3-5). Il n'en sera pas de même, ajoute Constantin, pour les quelques cadeaux qu'aurait pu remettre de son côté la fiancée : *quod raro accidit.*

(3) L. 24 C. (5-6), en la sauvegardant au profit de la femme contre la confiscation encourue par le mari.

(4) N'est-ce pas Rome qui nous a transmis l'idée de cette fameuse maxime juridique « Pas d'intérêt, pas d'action », entendue surtout de l'intérêt purement pécuniaire ? Rome, où toute question litigieuse se ramenait au *quanti res est*, et si volontiers, que les fiançailles mêmes se sont longtemps conclues en *sponsiones* pécuniairement formulées et sanctionnées,

reposer tout entières sur des considérations sentimentales. A Rome surtout, le génie tout positif de son droit poussa toujours à la recherche et à la combinaison des raisons plus précises ou plus tangibles d'utilité (3). Envisagée de ce point de vue, la *donatio ante nuptias* peut nous apparaître comme une coutume, réclamée par l'intérêt légitime de la femme, et non moins utile à une meilleure observance du mariage; coutume qui, dès lors, pouvait se développer du jour ou furent levés les principaux obstacles qui n'avaient pas permis à l'ancien droit romain de la connaître.

Du côté de la femme, cette *donatio ante nuptias* devait être justement demandée. L'usage immémorial voulait en effet qu'elle apportât une dot *ad onera matrimonii*. C'est le mari qui en tirait parti, qui gardait par devers lui toutes les économies et profits réalisés au moyen de cette dot, qui conservait aussi sans partage toutes les acquisitions qu'il avait pu faire en vivant avec sa compagne, encore qu'elle l'eut secondé et lui eut donné ses enfants comme *heredes sui*. Celle-ci n'avait rien de plus à demander que l'exacte restitution de sa dot; et, devenue veuve, abandonnée à elle-même, demeurait sans droit de prétendre davantage. N'était-ce pas là un système singulièrement dur pour elle et déplorable dans les unions modestes, où la femme avait peu de fortune personnelle? — Le mari pouvait et devait sans doute souvent tester en sa faveur. Mais quelle assurance d'avenir, au moment de contracter l'union, que ce testament laissé à la discrétion du mari! La veille du mariage était l'instant des légitimes et sages prévoyances, où la famille peut intervenir pour les deux fiancés, pour la jeune fille plus encore! D'ailleurs la tradition romaine ne permettait aucune libéralité irrévocable après la *deductio in domum*. Autant de raisons pour inspirer au père ou aux parents de la fiancée, à celle-ci même, la volonté de se faire consentir par celui qui l'épouse et avant de

et donnant aux juges à examiner et à estimer : « *quanti interfuerat eam uxorem accipi aut dari*. — Aulu-Gelle, IV-4-2.

s'engager en mariage, une donation destinée à mieux assurer son veuvage, et à lui tenir compte du concours qu'elle doit apporter au mari par sa dot et toute sa collaboration de bonne compagne. C'était comme un remède aux défectuosités du vieux système romain « *pro remedio nuptiale* », dit quelque part Justinien. Il se conçoit donc très bien qu'il soit devenu d'application si fréquente, et comme donation importante. Et les choses ainsi comprises, rien que de naturel à y voir une certaine contre-partie de la dot, sauf à ne pas forcer l'idée, comme en Orient.

Dès que cette donation fut entrée et répandue dans l'usage, on comprit aussi le bien qui pourrait en résulter pour soutenir toute l'institution même du mariage. Déjà la dot, à elle seule, aux temps classiques, avait pu servir de léger frein contre les répudiations téméraires, lorsqu'on avait vu imposer (*ob divortium* ou *propter mores*), soit à la femme, des *retentiones*, soit au mari, de plus promptes restitutions. Le Bas-Empire, encore plus désireux d'arrêter l'abus des divorces, allait trouver, comme pénalités civiles, des moyens plus puissants, en appliquant, au tort des femmes, la privation de leur dot entière, parce qu'il pouvait aussi faire subir, au tort des maris, le paiement anticipé de la *donatio ante nuptias*. Lier ainsi les maris d'avance, sur leur fortune, afin de les mieux astreindre indirectement à leurs devoirs de mariage, telle semblait devenir au Bas-Empire l'une des raisons de cette donation maritale (1). — Et j'ajoute encore qu'elle devait contribuer à rendre plus fréquent le concours juridique des deux époux. Car de même qu'il fallait au mari le concours de sa femme pour aliéner le fonds dotal, de même aussi pour aliéner les fonds compris dans la *donatio ante nuptias*. Cette institution nouvelle marquait donc un progrès sensible dans les conceptions du droit romain relatives à l'union conjugale.

Mais comment s'expliquer maintenant que la coutume

(1) C'est ce que nous avons vu à propos du divorce, dans le Bréviaire d'Alaric et la *lex Romana Burgundionum*.

et la jurisprudence des temps classiques n'aient pas tenté plus tôt de mieux assurer la situation des épouses et des veuves, et se soient bornées à leur ménager la restitution de leur dot, en s'en remettant pour tout le reste à la discrétion du mari ? — La raison, je la vois toujours, car elle revient sans cesse, dans ces traditions de la *potestas* et de l'*agnatio* qui ont si longtemps pesé sur tout le mariage romain ! Tant que l'épouse *sine manu* resta dans son groupe de famille distinct et civilement étrangère à ses enfants, comment aurait-il été question de réclamer du mari une donation importante et irrévocable *ante nuptias?* Pouvait-elle alors être assurée personnellement à la femme, pour être transmise ensuite par elle aux enfants qui n'héritaient pas de leur mère. Tout le système romain y faisait obstacle. Il n'y avait donc, au jour du mariage, qu'à débattre et fixer la dot stricte de la femme, pour s'assurer de sa contribution aux charges du ménage et à l'établissement futur des enfants. Au mari de voir plus tard, à l'heure de sa mort, ce que pourrait paraître demander la situation de sa veuve. — C'est le sénatusconsulte Orphitien, qui, en appelant enfin les enfants à l'hérédité de leur mère, commença de supprimer le grand obstacle aux arrangements *ante nuptias*. Tout ce qui se fit ensuite, pour démolir peu à peu le vieux système de famille romaine, ne pût que servir aux progrès juridiques des données et des institutions de l'union conjugale. Mais l'idée même de demander du mari une *donatio ante nuptias* comme destinée à contrebalancer la dot, a pu déjà commencer de prendre son libre cours après l'Orphitien, dès la fin du IIe siècle. Et nous ne saurions oublier que les premières constitutions impériales, qui nous laissent entrevoir quelques débuts de cette donation, nous sont rapportées par Justinien comme se rattachant aux Sévères et traversant ce IIIe siècle où déjà le sens juridique de l'association conjugale semblait s'améliorer (1).

(1) On a imaginé d'autres origines à cette donation *ante nuptias*, que les uns ont voulu voir venir, dans l'Empire romain, d'une imitation de la

Khétouba juive et d'autres de quelque usage d'abord spécial aux Gaulois, à peine indiqué par César. Mais il n'apparaît rien de tout cela dans la masse des textes romains relatifs à cette donation. A quoi bon se détourner ainsi, par érudition pure, sur des données mal connues, cherchées à tous les points cardinaux en Occident ou en Orient? Et ne suffit-il pas de creuser un peu l'histoire et les principes du Droit Romain, en s'aidant de l'analyse des sentiments humains et du sens des nécessités pratiques, pour voir naître et se développer, à Rome même, cette donation *ante nuptias?* — J'en dirai autant d'une autre idée sociologique, qui aurait bien surpris Constantin et Justinien, celle de trouver dans leur législation nouvelle de la *sponsalitia largitas* quelque survivance ou réminiscence lointaine de l'achat des femmes.

DIXIÈME COURS

Autres réformes du Bas-Empire relatives au mariage. — Conclusions.

L'union conjugale, mieux conçue entre les époux, n'est pas tout ce que nous montre la période du Bas-Empire. Elle nous fait voir aussi les effets de cette union mieux compris à l'égard des enfants : 1° en reconnaissant le rôle et les droits de la mère à côté de ceux du père, et, comme parenté civile, toute la *cognatio* maternelle en face de l'*agnatio;* 2° en protégeant aussi les enfants légitimes contre les unions nouvelles et successives de leurs auteurs, après veuvage ou après divorce; 3° en suivant clairement le dessein de réprouver les unions irrégulières par une différence de traitement vis-à-vis des enfants venus hors mariage. — Je ne puis vous parler que brièvement de tous ces points; mais ils se rattachent de trop près à l'histoire des traditions romaines sur le mariage, pour que j'omette de vous les faire observer.

Les *nuptiæ sine manu* des temps classiques n'impliquaient pas en droit, pour mari et femme, la communauté des enfants. J'entends par là, cette notion d'un même rapport juridique pour unir les enfants à la mère aussi bien qu'au père, et qui n'est autre que l'application justement poursuivie de cette idée, que les enfants nés de leur union leur sont également redevables, également chers, et doivent compter autant pour l'un et l'autre et pour leur double

famille. Nous en sommes là depuis des siècles ; tout notre droit est bâti sur cette idée, et rien ne nous paraît plus naturel et plus simple. Les Romains y sont-ils venus?

Longtemps leur *patria potestas* et leur *agnatio* s'y opposèrent. L'enfant n'était point, pour sa mère, un agnat, mais rien qu'un cognat, à qui ne pouvait l'unir nul lien de puissance et d'hérédité. L'épouse semblait venue dans la maison du mari pour lui assurer des *justi liberi*, en donnant son concours naturel de maternité et son concours pécuniaire de la dot. Voilà tout pour le droit. Mais l'enfant ne concernait au point de vue du *jus civile* que le mari et sa famille. La femme *sui juris* et mariée sans *manus*, était si bien isolée dans le droit classique que les jurisconsultes le proclamaient ainsi : *mulier caput et finis familiæ suæ*. Et l'on peut observer combien la mère tient peu de place dans tout le système juridique romain, jusqu'à l'époque des Antonins, où nous avons vu s'introduire quelque première donnée d'hérédité civile et de dette alimentaire réciproque, entre la mère et ses enfants. L'esprit Romain d'ailleurs, à la fin du second siècle, n'en était pas encore venu à envisager le droit et le devoir de l'épouse devenue mère, comme semblables à ceux de son mari, même avec direction laissée à ce dernier.

Mais la notion d'un vrai droit maternel va se développer à mesure qu'on descend vers le Bas-Empire. L'union conjugale, qui se resserre tandis que le *potestas* se désagrège, y conduira. La doctrine chrétienne, si portée à comprendre et à soutenir le droit naturel des mères, ne manquera pas d'y pousser fortement. Et, sur cette question même, on entend saint Augustin déclarer que pour marier les filles, c'est la volonté de la mère qui doit être préférée à celle de tous autres parents, du moins quand le père n'est plus là [1] « *Mater, cujus voluntatem in tradenda filia, omnibus, ut opinor, natura præponit* ».

(1) *Ad Benenatum*, lettre 254. — C'est à propos d'une orpheline, confiée

Suivons donc un instant ces tendances nouvelles, afin de les voir pénétrer dans les coutumes et dans la législation du Bas-Empire. Bien des questions se posent à ce sujet pour ce qui concerne l'autorité domestique, la tutelle, la succession, enfin toute la parenté même. Mais les textes n'abondent pas.

L'autorité domestique sur les enfants du mariage, c'était, de tradition romaine, la *patria potestas* conçue comme un pouvoir à peu près absolu sur la personne, le travail et les biens des enfants de tout âge. Cette *potestas* ne devait appartenir qu'à l'homme : ancêtre ou père. Or ce principe de la vieille construction romaine subsista toujours; et jamais la mère ne devait être admise au partarge ni à l'exercice de cette *potestas*, même en l'absence ou à défaut de son mari. Aussi ne sera-t-il jamais question pour elle, même au Bas-Empire, des prérogatives caractéristiques de la *potestas*, comme faculté d'acquérir par ses enfants, de les compter comme *heredes sui*, d'avoir sur leurs biens paternels un usufruit semblable à celui du père sur les *bona materna*. Elle n'avait pas davantage, *jure potestatis*, le droit d'imposer son consentement à leur mariage ou d'intervenir dans leur divorce. Tous ces attributs resteront exclusivement paternels avec le droit d'émanciper l'enfant né du mariage, ou d'adopter d'autres enfants. Et par suite, l'enfant qui a perdu son *paterfamilias* deviendra toujours *sui juris*, même en présence de sa mère survivante. Tout cet ensemble de solutions demeure exprimé ou supposé dans les constitutions rapportées aux Codes impériaux, ou dans le Bréviaire d'Alaric. Ce dernier même rappelle encore très

à son église, et qui semblait vouloir renoncer au mariage conseillé par certains parents, que saint Augustin a écrit cette phrase. On exagérerait de beaucoup sa portée, en s'imaginant qu'il a voulu enseigner une doctrine générale plaçant la mère avant tous autres, même avant le père. — Il a lui-même déclaré ailleurs, nettement, qu'il était de droit que le père exerçât l'autorité domestique le premier.

sommairement les lignes principales de l'antique *potestas* dans l'*Epitome* qu'il a extrait de Gaïus pour l'usage des Gallo-Romains (1).

Mais, à côté de cette *potestas* qui, quoique déjà tempérée, demeure encore si imposante et riche en prérogatives égoïstes pendant toute la vie du père, on peut déjà voir se dégager dans la tradition romaine la notion d'un droit tout autre pour la mère, s'exerçant même en présence du père, surtout à son défaut. C'est une autorité différente, conçue comme essentiellement protectrice ou tutélaire, de laquelle on rapprocherait bien mieux notre conception moderne du pouvoir domestique. Elle n'est, dans ce nouveau droit romain, que la consécration des affections et des devoirs qui découlent si naturellement de la maternité.

Aux Antonins revient l'honneur d'avoir commencé de développer en droit romain ces effets juridiques du rapport de filiation maternelle. Ils ont surtout institué l'hérédité réciproque. Mais la dette d'aliments, la *reverentia* due à la mère, sont affirmées aussi dans plusieurs fragments des jurisconsultes. N'avons-nous pas vu même, donné comme décision d'espèce, cet ordre d'Antonin le Pieux qui retirait à un père son enfant en puissance pour en confier la garde à la mère, sur la demande de celle-ci *ob nequitiam patris, ut apud eam filius moretur*. C'était déjà reconnaître quelqu'idée de contrôle et de garde maternels, même en présence et à l'encontre du père. Ulpien nous rapporte que des rescrits de Marc-Aurèle et de Sévère, rendus *ex justissima causa*, suivirent ce premier exemple (2). Il n'y avait pas là pourtant de principe général posé en faveur de la mère, mais un remède nouveau, administré par mesures de circonstances, contre les excès de la *potestas*. Il faut venir jusqu'à Dioclétien pour trouver le principe largement proclamé (par innovation législative, comme il le

(1) « *In potestate patrum sunt filii ex legitimo matrimonio procreati. Feminæ nec filios ex se natos in potestate habent* ».

(2) L. 1, § 3, D. (43-30).

déclare lui-même), et pour le cas si important de divorce (1)? La loi porte qu'il appartiendra au juge d'estimer: « *utrum apud matrem an apud patrem, matrimonio separato, filii morari ac nutriri debeant.* Si donc au père seul devait rester le *jus potestatis*, n'était-ce pas affirmer le principe d'un devoir ou d'un pouvoir semblable pour la mère, en ce qui concerne cette fonction éminemment tutélaire et protectrice de la garde des enfants.

A défaut du père, surtout quand il n'est plus, le rôle et les droits de la mère semblent devoir naturellement passer au premier plan. Tel n'était pas pourtant le droit ancien de Rome. A la suite du mariage *sine manu*, la mère, devenue veuve, était juridiquement écartée, comme étrangère à ses enfants, dont elle n'avait ni la garde ni la tutelle, attribuées aux agnats. Contre un système si dénaturé la réaction ne pouvait manquer de se produire, mais elle fut lente.

La garde des enfants (sinon leur tutelle) pouvait sans doute être destinée à la mère par le testament paternel. Il est probable que cette disposition était fréquente (2). Mais à défaut d'une volonté exprimée par le père, nul principe de droit ne prononçait pour la mère. Et nous savons que jusqu'au IIIe siècle, la garde des pupilles donnait lieu à de fréquentes difficultés entre mère, cognats et tuteurs. J'ai dit déjà qu'Alex.-Sévère, au IIIe siècle, semble avoir énoncé et édicté le premier cette idée si simple que la garde, l'éducation des enfants : « *nulli magi quam matri eorum committenda est* », du moins tant qu'elle ne se remarie pas. Et ce nouveau principe sera consacré au Code de Justinien (3). Fidèle à cette même pensée, le Bas-Empire devait reconnaître à la mère le pouvoir de donner ou de refuser

(1) L. un. C. (5-24).

(2) L. 1, § 1, D. (27-2). — Et c'est toujours le testament romain que nous retrouvons prêt à remédier, dans la famille, aux vices ou aux lacunes du *jus civile.*

(3) L. 1, C. (5-49).

son consentement au mariage de ses enfants mineurs : nous l'avons vu [1]. A défaut du père, tout ce qui regarde la protection de la personne des enfants lui fut donc attribué.

Mais *la tutelle*, qui impliquait surtout le gouvernement des intérêts, pouvait-elle, comme chez nous, être dévolue à la mère? Longtemps le droit Romain y résista. Même, alors que fut tombée en désuétude la tutelle perpétuelle sur les femmes, il restait encore à l'encontre de la mère, pour la reconnaître tutrice de ses enfants, cette double objection qu'elle n'était pas agnate, et que la tutelle était d'ailleurs un office essentiellement viril. Il n'y avait donc pour elle ni tutelle légitime, ni même tutelle testamentaire ou dative pouvant être ordonnée par le père ou conférée par le magistrat. J'ai déjà rappelé que les Antonins et les Sévères n'ont rien changé à ces principes. — Et pourtant comment empêcher la mère de se préoccuper des biens et de la tutelle de ses enfants? Il est probable qu'avant le sénatusconsulte Tertullien, les mères étaient admises à quelque intervention pour faire désigner des tuteurs, ou les faire destituer. Déjà Nératius avait dit [2] qu'il est bon que le magistrat tienne grand compte du testament maternel désignant des tuteurs, sauf à les confirmer. Mais si la mère était ainsi encouragée, conviée même par le sénatusconsulte Tertullien, à se préoccuper de la tutelle de ses enfants, la fonction de tutrice lui demeurait toujours interdite à elle-même comme office viril. Alexandre-Sévère le redisait encore, et sans doute à une mère : « *ultra sexum feminex infirmitatis tale officium est* » [3].

Ce principe si rigoureux n'a cédé qu'au Bas-Empire, devant les progrès du sens naturel des affections, secondé par la direction chrétienne, si favorable aux mères. C'est en 390, par une constitution des empereurs Valentinien et Théodose le Grand, que s'établit pour les mères devenues veuves le

(1) V. page 199.
(2) L 2, D. (26-3).
(3) L. 1, C. (5-35).

droit de prétendre à la tutelle dative de leurs enfants, mais avec la condition d'une promesse préalable et solennelle de ne point se remarier (1). Les réserves abondent dans cette constitution, qui prend soin de répéter que la tutelle ne leur est nullement imposée; que, d'ailleurs, elles ne pourront être appelées qu'à défaut de tuteur légitime... Mais le vieux principe romain, si oublieux des droits et devoirs de la mère, était définitivement ébranlé. — On peut remarquer, au point de vue juridique, que cette grande innovation va coïncider avec la jurisprudence nouvelle qui permettra aux femmes de renoncer au bénéfice du Velléien. Cette renonciation ne s'imposait-elle pas en effet pour la mère tutrice? — Mais il n'est pas moins utile d'observer pour l'histoire des mœurs et des sentiments, destinée à éclairer celle des institutions du Bas-Empire, que cette constitution est due aux princes si souvent dominés ou conseillés par saint Ambroise. Ne date-t-elle pas aussi du temps où sainte Monique, la mère de saint Augustin, morte en 384, venait de donner le plus touchant et le plus illustre modèle des mères chrétiennes se dévouant, comme veuves, à l'éducation et à la sauvegarde de leurs enfants!

La mère, une fois reconnue tutrice de ses enfants par tout l'Empire, ne devait pas rester placée en arrière des tuteurs agnats. Les mœurs devaient conduire à lui donner sur eux une préférence bien naturelle. Justinien le décidera ainsi pour l'Orient, mais il en fut de même pour les Gallo-Romains. Si le bréviaire d'Alaric se borne à rapporter la constitution de 390, on peut voir, par contre, dans l'*interpretatio* et dans la *lex romana Burgundionum*, tit. 36, la mère nettement appelée avant tous les agnats : « *qui-*

(1) L. 2, C. (5-35) : *Matres, quæ amissis viris tutelam administrandorum negotiorum in liberos postulant, priusquam confirmatio officii talis in eas ex jure eveniat fateantur actis, sacramento præstito, ad alias nuptias non venire, etc.* Ce texte est également rapporté au Code Théodosien et au Bréviaire d'Alaric. Et il montre bien par l'ensemble de son texte : *amissis viris... ad alias nuptias*, qu'il n'avait été fait d'abord que pour les mères légitimes.

bus omnino mater, si tutelam suscipere voluerit, licito et jure præponitur. La décision est semblable à celle qui est donnée dans la loi Gombette [1]. Or, la mère ainsi préférée, de toutes parts, n'est-ce pas un indice nouveau et frappant de ces rapprochements qui se produisaient alors entre les coutumes de ces deux sociétés barbare et gallo-romaine, sous la même direction des sentiments naturels et chrétiens?

Si la mère a ainsi retrouvé beaucoup du rôle et des droits que la nature et la raison lui assignaient contre l'antique et étrange système du droit romain, — la parenté par la mère ou *cognatio*, ne devait-elle pas aussi regagner du terrain contre l'*agnatio* qui l'avait systématiquement refoulée pendant des siècles dans la sphère du droit? Il semble écrit au fond de nos cœurs que les ascendants ou proches collatéraux de notre mère, nous touchent d'aussi près et nous sont unis des mêmes affections que les parents paternels! Et tout mariage, en donnant un père et une mère légitimes aux enfants, semble bien destiné aussi à leur assurer les liens d'une double parenté. Le droit romain avait donc fait violence à la nature des choses en ordonnant artificiellement tout son système de famille, d'hérédité et de tutelle, sur l'agnation seule. D'ailleurs certains indices de vieux usages de réunions familiales où entraient les cognats; de nombreux exemples de dispositions testamentaires en leur faveur; le rôle qui paraît leur avoir été souvent réservé dans les tutelles datives ou dans la garde des enfants, tout démontre qu'il a existé dans les

(1) V. son tit. 85 : « *Si mater tutelam suscipere voleruit, nulla ei parentela præponatur* ». — Il faut y joindre encore le titre 59 de cette même loi qui, subordonnant nettement les droits de la mère à la fidélité de son veuvage, témoigne si bien dans son langage de l'influence de la coutume chrétienne du Bas-Empire. « *Si nubere, electa castitate distulerit, filii cum omne facultate in ejus solutio et potestate consistant* ». Et ne semble-t-il pas que pour ces barbares, peu soucieux des constructions classiques, c'est la *potestas* même avec sa jouissance légale des biens de l'enfant qu'ils concèdent à la mère?

mœurs et usages de la sociéte romaine, de libres réactions contre l'étroit et rigoureux système de la famille agnatique, avant même que le droit positif soit revenu à reconnaître quelques effets civils à la cognatio (1).

Il mit bien longtemps à y parvenir. A la fin du second siècle, l'hérédité légitime n'est encore ouverte que pour la mère. Les Antonins n'ont sûrement pensé qu'au seul lien naturel de la mère et de l'enfant, pour l'ériger en lien civil. Et même ils n'avaient rien fait pour sauvegarder au profit de l'enfant l'hérédité maternelle, puisque, si l'enfant de justes noces était encore sous puissance paternelle, toute l'hérédité était acquise au père, en pleine propriété, en vertu même de sa *potestas*. Tant qu'il en devait être ainsi, comment songer à étendre le droit d'hérédité vis-à-vis d'autres parents maternels?

Constantin ouvrit la voie qui permit au droit positif d'aller plus loin, pour la cognation. C'est lui qui établit, dans une constitution justement célèbre, ce principe nouveau :

(1) Il est bien à remarquer que, durant la période classique, tout ce qui nous est dit du rôle familial des cognats, ne semble venir que de deux côtés : soit des historiens ou littérateurs, faisant allusion à de vieux usages d'assemblées de parents ; soit de clauses testamentaires appelant des cognats à l'hérédité ou à la garde et tutelle des enfants du *de cujus*. Les jurisconsultes, dans leurs livres ou expositions de doctrine, ne font allusion à aucune prérogative de cognats, pouvant intervenir pour modérer la *potestas* ou contrebalancer l'*agnatio*, tandis que les écrivains, comme Sénèque nous laisseront bien entendre tout ce qu'ils ont dû dans le fait, à leur mère, ou à leur oncle maternel (*avunculus*). — N'en faut-il pas conclure, ce que j'ai dit déjà (p. 57), que Rome a du d'abord connaître, comme tant d'autres sociétés, les affections et le rôle naturels de la parenté du sang, avant que les constructions juridiques Romaines, si rudes et systématiques, se soient bâties peu à peu dans le sens de la *potestas* et de l'*agnatio*, mais aussi du libre testament, et sans autre souci des données naturelles que de laisser aux mœurs et aux volontés testamentaires le soin de réagir. C'est bien l'esprit du droit classique, et il fallut longtemps pour entamer et refaire juridiquement ces constructions si absolues. — Qui regarderait bien, trouverait plus d'une analogie à relever dans l'histoire des constructions féodales et nobiliaires de notre *ancien droit d'aînesse*.

que les *bona materna*, dévolus à des enfants *alieni juris*, ne seraient soumis qu'à la jouissance du père, sans qu'il pût en disposer comme de son propre bien[1]. La propriété de ces biens maternels étant ainsi assurée aux enfants, selon toute justice et toute raison, il devenait possible et devait paraître juste d'assurer aussi bien aux descendants, aux *nepotes ex filia,* l'hérédité de leurs aïeuls maternels. Arcadius et Honorius le décidèrent ainsi en 395; et la mesure s'étendit à tous les biens venus *ex materno genere*. La vocation des cognats pouvait enfin s'élargir. Aussi, en ligne collatérale même, certains cognats parmi les plus proches furent peu à peu appelés à hériter et à concourir avec les agnats. On peut suivre aux Codes Théodosien et de Justinien, ou dans le résumé des *Institutes*, la série des principales constitutions par lesquelles il fut fait place, dans l'ordre des *legitimi heredes*, à tels ou tels cognats, mais timidement, sans mesure générale, et toujours en conservant comme principe théorique la préférence de l'agnation. La novelle 118 devait enfin reconnaître et proclamer (mais seulement au cours du VIe siècle et pour l'Orient) que, dans l'ordre des affections et l'organisation de l'hérédité, la parenté maternelle due au mariage compte autant que la paternelle. D'après cette Novelle, la parenté par les liens du sang sera seule envisagée comme titre héréditaire. C'est la notion naturelle de *cognatio* qui l'emporte, enfin, sur les données artificielles de l'*agnatio*. Et Justinien avait si bien le ferme dessein de poursuivre jusqu'au bout cette grande œuvre, qu'il n'a pas manqué, dans cette même Novelle, de supprimer aussi toute tutelle spéciale des agnats. — L'*agnatio* allait ainsi disparaître, comme institution juridique, dans l'ensemble du système familial. Il ne restait que la *potestas* réservée au père ou à l'ancêtre, comme pouvoir domestique destiné à maintenir une plus forte discipline et une

(2) L. 1, C. (6-60). Elle est rapportée aussi, mais avec quelques légères différences de texte, au Code Théodosien et au Bréviaire d'Alaric (h.-t.).

concentration plus grande du patrimoine dans chaque maison.

En Occident, les Gallo-Romains du v[e] siècle en étaient restés, quant à la cognation, à ce régime singulièrement complexe qui a précédé la novelle 118. On peut le voir au Bréviaire d'Alaric (1) qui a conservé les principales constitutions du Code Théodosien. Il est plus facile encore d'en prendre l'aperçu sommaire au titre « *des successions* » dans la *lex romana Burgondionum*. Là encore c'est l'*agnatio*, malgré des dérogations nombreuses, qui prédomine en principe. Et le n° 9 le redit expressément, par forme de conclusion (2). — L'institution du mariage comme source d'une double et égale parenté (*per feminas sicut per virilem sexum*), n'avait donc pas encore reçu son achèvement dans la société gallo-romaine. Il sera possible, sans doute, d'entrevoir d'emblée, chez les Barbares, des notions plus naturelles et plus justes sur la parenté maternelle. Mais serait-il bien judicieux d'affirmer qu'ils ont eu, là, à combattre et à renverser une tradition romaine toute contraire? Non, quand on a pu voir combien les mœurs et la législation du Bas-Empire s'étaient d'elles-mêmes engagées dans cette voie, et lorsque Justinien, bientôt après, sans rien devoir aux coutumes barbares, allait rétablir toute la *cognatio*, pour donner sa conclusion définitive à cette direction nouvelle et rénovatrice du droit Romain.

II

Le Bas-Empire n'a pas vu seulement relever, dans ses mœurs et dans son droit, le rôle assigné par les justes notions du mariage à la mère et à la parenté maternelle. A un autre point de vue, mais toujours dans l'intérêt des en-

(1) V. le titre : *de legitimis heredibus.*

(2) Tit. V, n° 9 : « *Sciendum tamen est agnatos, etiam longiori gradu positos, cognatis proximioribus antiferri.*

fants, il s'est soucié grandement de les protéger contre le dommage moral ou pécuniaire auxquels pouvaient les exposer les mariages successifs de ceux qui les ont mis au monde, et à qui incombe l'impérieux devoir de ne pas les oublier ou les sacrifier. La législation, depuis Constantin, est toute empreinte de ce souci des enfants, soit à l'encontre des divorces, soit pour encourager, de la part des mères surtout, l'observance et la dignité du veuvage, et finalement restreindre le droit de disposition de tout époux qui passe à de nouvelles noces.

A l'égard *des veuves*, c'est à la fin du IVe siècle, non dès Constantin, que semble avoir commencé cette réaction. Le Code de Justinien nous a conservé trois constitutions des empereurs Gratien et Valentinien, promulguées à bref délai (380-381-382), et qui datent bien visiblement de l'époque où saint Ambroise et d'autres pères de l'Eglise multipliaient leurs traités, leurs prédications, leurs lettres, pour enseigner, surtout aux femmes, la beauté chrétienne d'un veuvage pieusement conservé et consacré à leurs enfants. A leur suite, la législation n'allait pas craindre de s'engager dans cette voie, si délicate d'ailleurs pour le droit positif.

D'abord elle vint prescrire à toute veuve d'attendre, non plus seulement dix mois mais au moins une année, avant de se remarier, sous peine d'être notée d'infamie et déclarée déchue de toutes libéralités reçues du défunt « *si qua et femina, perdito marito, intra anni spatium alteri festinaverit nubere* » (1). Il faut lire le texte de ces constitutions pour se rendre bien compte de la réaction morale qui les a précédées et qui les inspire, quand l'Empereur, voulant expliquer pourquoi il édicte caducité et non confiscation, vient ajouter : « *ne in his, quibus correctionem morum induximus, fisci videamur habere rationem* » Eh! n'avons-nous pas vu déjà que la veuve, pour prétendre à la garde

(1) L. 1, C. (*de Secundis nuptiis*).

et à la tutelle de ses enfants, devait renoncer à toute pensée d'un second mariage. — Mais rien de pareil n'apparaît encore ordonné aux hommes veufs, qui gardaient intacte leur *patria potestas* sur leurs enfants, et qui n'étaient astreints, « *religione luctus* », à nul délai de viduité.

C'est dans le règlement des questions pécuniaires que se précise surtout ce droit nouveau, conçu dans l'intérêt des enfants. L'ancien droit de Rome et la jurisprudence classique n'avaient rien établi qui témoignât d'une préoccupation protectrice envers les enfants d'un premier mariage(1). Nulle mesure spéciale n'apparaît prise, même au temps des Antonins et de Sévère, pour les empêcher d'être abandonnés ou frustrés au profit d'un parâtre ou d'une marâtre! Ici encore la liberté d'agir à sa guise et de disposer de son bien semblait avoir primé toute autre considération : père ou mère remariés ne devant compte qu'à leur conscience de toutes libéralités excessives, faites au nouveau conjoint. Et, d'ailleurs, comment songer à tant de précautions contre les seconds ou subséquents mariages, quand la faculté du divorce, ancrée dans les mœurs, permettait de rompre et de se remarier si aisément. Le souci des enfants, n'étant pas encore invoqué, même contre les divorces, pouvait-il bien s'élever à l'encontre des libéralités?

Avec le sens meilleur de l'union conjugale et du devoir envers les enfants, le droit va changer. Du reste, à une époque ou s'était développée dans l'usage la donation maritale *ante nuptias* comme pendant de la dot, il se conçoit mieux qu'on ait eu la pensée d'empêcher père ou mère de dissiper, au préjudice des enfants, les biens ainsi groupés et affectés au mariage. Télle fut la raison de mesures toutes nouvelles et complexes, sans doute, mais qui témoignent du moins d'une conception législative élevée, autant que subtile. Ce système nouveau se rencontre à la fois aux cas de veu-

(1) Le titre de *Secundis nuptiis*, si ample au Code de Justinien et déjà au Code Théodosien, est inconnu dans le Digeste et les écrits des Prudents.

vage ou de divorce. Et je l'indique d'un mot seulement.

Au cas de *veuvage*, il fut interdit tout d'abord aux mères qui passaient à un second mariage, de disposer en aucune manière (en faveur de leur nouvel époux ou même d'autres pr sonnes) de tout bien qu'elles auraient reçu par libéralité de leur premier mari (1). *Donatio ante nuptias*, dons entre-vifs ou à cause de mort, institutions, legs ou fideicommis, tout est prévu. Dès lors qu'elles se remarient, la jouissance seule de ces biens leur est maintenue avec faculté d'en régler le partage entre ces enfants du premier lit, auxquels la propriété doit être absolument réservée. Tel est l'objet de la célèbre constitution : « *feminæ* » de 382, qui passa du Code Théodosien dans le Bréviaire d'Alaric. — Elle n'était disposition législative et impérative que pour les veuves. Mais le Bréviaire d'Alaric, qui nous l'a transmise plus complète que Justinien, nous fait connaître un dernier paragraphe et des plus curieux, à l'endroit des veufs. Aux pères remariés, l'Empereur ne croyait pas encore pouvoir imposer, en droit positif, de pareilles restrictions si contraires aux antiques données de leur *patria potestas*. Il se borne à dire qu'il leur recommande, envers les enfants de leur premier mariage, la même sollicitude, et qu'il l'espère d'eux comme l'accomplissement de leur devoir : « *Similiter admoneri maritos volumus et pietatis et legis exemplo; quos, etsi vinculo non adstringimus... religionis tamen jure cohibemus ut sciant a se promptius sperari contemplatione justitiæ, quod necessitate propositæ observationis matribus imperatur* ». Conseil et admonestation ; quel langage singulier pour un législateur ! Mais quel texte précieux, en histoire, pour saisir sur le vif l'inspiration religieuse et la rénovation des mœurs, qui stimule la législation au risque de la pousser trop loin, jusque dans le domaine de la morale et du sentiment. On ne devait pas d'ailleurs tarder à passer du conseil au précepte, quant aux

(1) L. 3, C. (5-9).

yeufs eux-mêmes. Et une novelle de Théodose II (de 444), rapportée à la fois au Code de Justinien (1) et au Bréviaire d'Alaric, vient enjoindre formellement, au père remarié, de conserver aussi aux enfants tous les biens qui lui sont venus par leur mère. La mesure était ainsi complète, telle qu'elle reparaîtra dans notre ancien droit par l'*Edit des secondes noces.*

Pour les cas *de divorce*, ces mêmes empereurs Théodose et Valentinien devaient songer à la protection des enfants de l'union ainsi brisée : tout au moins quand elle a été rompue par la faute de l'un des époux. Et ils l'ont fait dans cette grande constitution de 449, consacrée à la limitation des causes de *repudium.* Ils ont considéré que la dot et la *donatio ante nuptias*, tout spécialement destinées à régler entre époux les rapports pécuniaires du mariage, et qui déjà, nous l'avons vu, servaient à assurer la sanction des règles du *repudium*, devraient servir de même à sauvegarder l'intérêt si légitime des enfants. Si le mari a eu les torts, la femme, qui a pu recueillir aussitôt sa *donatio ante nuptias*, doit la conserver intacte à ses enfants, en propriété. Si les torts viennent de la femme, le mari, libéré de sa *donatio*, gagne et garde la dot; mais à la condition de la réserver entière pour les enfants « *nec ullam alienandi seu supponendi memoratas res, permitimus facultatem* » (2).

Ainsi se trouvait affirmée de tous côtés cette idée générale et toute nouvelle, qu'aux enfants, nés d'un précédent mariage, devait être réservé ce qui dans la fortune des époux a été comme affecté à leur union, ce que les textes du Bas-Empire nous désignent souvent sous le nom de « *lucra nuptialia* » ou « *quid quid ex nuptiis obvenit* ».

Nulle autre mesure ne semble avoir été prise dans le

(1) L. 5, C. (5-9).
(2) L. 8, § 7, C. (5-17).

droit romain du Bas-Empire, en vue de l'Occident, et ne se rencontre au Bréviaire d'Alaric. Mais les empereurs d'Orient devaient encore imaginer une autre restriction, celle qui interdit aux pères ou mères remariés, même sur leurs biens personnels, de faire à leur nouveau conjoint une donation d'une quotité supérieure à une part d'enfant. Telle est l'idée et le principe de la loi « *Hac Edictali* » due aux Empereurs Léon et Anthémius et datée de 469. Cette loi « *Hac Edictali* » ne faisait nullement double emploi avec la loi *Feminæ,* et semblait encore plus rigoureuse puisqu'elle atteignait les pères ou mères dans la libre disposition de leur propre bien. Mais, comme elle ne créait qu'une incapacité partielle de donner, et à l'encontre du nouveau conjoint seul, sans indisponibilité générale des biens, elle était à coup sûr d'application plus simple et moins gênante. Aussi la verrons-nous passer plus tard en France et parvenir, seule, jusqu'à nos jours.

III

Pour achever de nous rendre compte de la tradition venue de Rome, sur l'ensemble des institutions matrimoniales, il faut l'interroger aussi sur la condition des *enfants nés en dehors du mariage*. Ici encore le droit romain a eu des conceptions qui nous apparaissent singulières et qui ne peuvent s'expliquer, qu'en les rattachant au système artificiel de la *Patria potestas* et de l'*Agnatio*.

C'est pour nous une verité élémentaire que des enfants, nés hors mariage, sont regardés comme illégitimes aussi bien vis-à-vis de leurs deux auteurs, qu'ils n'ont de parenté civile avec aucun d'eux et moins encore avec l'ensemble de leurs familles; que leurs droits de succession sont restreints vis-à-vis de la mère comme du père; — mais qu'ils peuvent acquérir cet ensemble de qualités et de droits, des deux côtés, par la légitimation due à un mariage subséquent. Tout repose en effet, pour nous, sur cette donnée, qu'ils sont

illégitimes, pour avoir été mis au monde en dehors du mariage et qu'ils ne peuvent venir à la légitimité que par le mariage. Et si on va au fond des choses, c'est l'idée que ces enfants sont nés d'un désordre et qu'il faut tout remettre dans l'ordre du mariage, qu'un tel système tend à fortifier.

Or est-ce ainsi que les Romains ont compris les choses? Bien s'en faut, du moins jusqu'au Bas-Empire, qui n'a fait que s'en rapprocher.

Qu'était pour eux un enfant légitime ou, pour mieux dire, un *justus filius*? C'était l'enfant rangé légalement sous la *patria potestas*; si bien que la notion de *justus filius* ne se concevait que du côté de son père et non vis-à-vis de sa mère. Tant le père était bien seul à compter dans ce système juridique romain! — Oui, à l'égard du père, l'enfant peut bien être légitime, héritier sien, ayant toute l'agnation familiale. Mais par quelle voie? Sans doute par les justes noces, comme source principale; mais aussi bien par l'adoption, douée des mêmes effets quant à la *potestas* et à l'*agnatio*. Rien d'autre n'était possible en droit civil. Un père, se bornant à avouer publiquement des enfants *ex concubinatu* ou *spurii*, ne leur eût donné aucun droit légal. Il n'eut rien fait pour eux, même en épousant leur mère après leur naissance et à la suite de concubinat; tandis qu'il leur conférait la plénitude des droits de famille, rien qu'en les adoptant, et à lui seul. Tel était le droit Romain primitif, tel est encore le droit classique, avec son système familial fondé sur la *potestas*.

Pour la mère, il n'y avait pas au sens romain de *legitimus* ou *justus filius*. En dehors de l'antique *manus*, l'enfant n'était jamais pour elle qu'un cognat, mais aussi bien l'enfant du concubinat, même le *spurius*, le *vulgo quæsitus*, et avec la même force que l'enfant issu des justes noces. Aussi et quand bien même celui qui l'a rendue mère, l'eût épousée ensuite, c'était bien pour la morale sans doute; mais rien n'eut été changé entre elle et ses enfants, quant au droit. Si le mariage n'y pouvait rien pour elle,

l'adoption moins encore, puisqu'il était de tradition absolue que les femmes ne sauraient adopter; l'adoption n'étant qu'une question de *potestas* et d'*agnatio*.

Avec un tel système et plus on y réfléchit, plus on doit se convaincre que l'*adrogatio*, aux temps classiques, dut avoir un de ses principaux mobiles dans le désir des pères naturels de s'attacher leurs enfants illégitimes comme *justi filii et sui heredes*, à une époque où n'étaient connues à Rome ni la légitimation par mariage, ni notre reconnaissance d'enfant naturel. N'oublions pas d'ailleurs, pour nous en rendre mieux compte, qu'il pouvait y avoir à Rome, par le jeu même de ses institutions, un bien plus grand nombre d'enfants classés hors mariage faute de *connubium*, soit avec les esclaves, avec les latins juniens ou pérégrins, avec des affranchis mêmes, sans compter les fruits d'adultère que rien en droit classique n'empêchait d'adopter. Mais combien surtout pouvait être fréquente l'adoption d'enfants *ex concubinatu*, puisque cette liaison supposait l'idée même d'une affection durable pour la mère qui n'avait pu être épousée, et par suite pour les enfants de cette union (1).

D'ailleurs, sans recourir à l'adoption, le père avait pleine faculté de donner à ses enfants naturels tout ce qu'il jugeait bon de leur transmettre. Son droit de disposer n'était gêné spécialement, à leur endroit, par aucune incapacité, par aucune limite. Il pouvait aussi les instituer héritiers à coté de ses agnats ou même de ses *heredes sui*. Car le libre testament du *paterfamilias* reparaît, ici encore, pour fixer le droit de toute sa maison, suivant les inspirations bonnes ou mauvaises de sa conscience.

(1) Aussi ne serais-je pas éloigné de croire que ce besoin de favoriser ses enfants naturels, en les élevant au rang de *justi liberi*, peut expliquer l'admission et le développement de cette adrogation des impubères, devenue si importante aux temps classiques, comme aussi les précautions dont elle fut entourée au point de vue de la morale publique. Comment en douter, quand on a vu combien les Romains abusaient alors de l'adoption? V. page 104.

Tout ce vieux droit Romain nous montre-t-il assez les conséquences aussi étranges que logiques de sa *patria potestas*, pesant sur toute l'institution du mariage? Il faut venir au Bas-Empire pour le voir soumis à de sérieux changements. qui témoignent d'un souci plus grand de l'union conjugale, mais qui vont retomber sur les enfants nés et laissés en dehors d'elle. C'est Constantin qui commence à frapper les pères dans leur faculté de favoriser leurs enfants illégitimes, comme il va leur offrir le remède de la légitimation par mariage subséquent.

Quelques dignitaires de l'Empire, sans adoptions formelles, avaient laissé, par testaments ou par donations, tout ou grande partie de leurs biens à des enfants issus de leur commerce avec des femmes de conditions très inférieures : *ex ancilla*, *vel liberta*, *vel scenica*, *vel tabernaria*, *vel humili, vel abjecta*, etc., bref quelqu'une de ces catégories de femmes qu'il n'était pas permis aux sénateurs de prendre licitement pour épouses. L'empereur a vu dans leurs libéralités comme un dessein de traiter ces enfants à l'instar d'enfants légitimes. Il s'indigne, suivant son humeur parfois violente, déclare ces dignitaires passibles d'infamie, et décide que tous les biens devront faire retour aux vrais enfants légitimes ou à la famille. Même décision, avec torture en plus, contre les femmes qui auront attiré sur elles les libéralités. Et si même, la famille n'agit pas à bref délai pour reprendre, c'est le fisc qui bénéficiera de ces « libéralités impures » (*L. 1*, *C* (*h. t*). C'était là comme une loi d'indignation, excessive dans le fond comme dans la forme. Et le Bréviaire d'Alaric n'a pas même reproduit cette loi de Constantin, que Justinien déclare inapplicable. D'autres constitutions avaient suivi pour régler cette question avec plus de mesure. Mais toutes prendront soin de rappeler l'initiative de Constantin, depuis celles du Code Théodosien jusqu'à la longue novelle 89 de Justinien. Finalement, ce droit du Bas-Empire semblait s'être fixé en ce sens que ni les enfants nés hors mariage (fût-ce d'un concubinat), ni

leur mère, ne pourraient recevoir par libéralité du père rien d'autre qu'une part assez réduite, et plus réduite encore en présence d'enfants légitimes (1).

L'adrogation des enfants naturels ne semblait en rien touchée par cette loi de Constantin, qui se bornait à proscrire les libéralités. Tout porte à croire qu'elle resta permise et pratiquée dans la suite du Bas-Empire (2). On la voit même rappelée et encouragée, comme une belle mesure paternelle, dans une constitution d'Anastase en faveur des fils et filles « *per divinos affatus patribus suis in arrogationem suceptos vel susceptas* ». Mais Justin, successeur d'Anastase, ne fut pas du même avis. Il sut constater que l'adrogation, ainsi entendue et pratiquée, pourrait favoriser le désordre et vint décider qu'à l'avenir, un père ne pourrait se donner des enfants légitimes que par le mariage (3). C'était désormais prohiber l'adoption des enfants naturels; et Justinien dans sa Nov. 89 maintiendra cette défense, en établissant d'ailleurs un mode de légitimation par rescrit du prince et même par testament, qui pouvait remplacer l'adoption, pour les cas de mariage subséquent reconnu impossible.

Constantin, d'autre part, avait commencé d'offrir aux pères cette voie de la légitimation par mariage, qui nous semble encore la mieux conçue et la plus morale. Nous n'avons par le texte de sa constitution qui sans doute ne fut qu'une mesure temporaire. Mais elle nous est rappelée par

(1) V. au Code de Justinien : le titre *de naturalibus liberis*, un de ceux qui manquent au Digeste. Ce titre existe aussi au Bréviaire d'Alaric (4-6) avec des constitutions de Valentinien, Gratien et Théodose.

(2) Nous ne trouvons rien à cet égard dans la législation romaine de l'Occident.

(3) L. 6 et 7, C. (ht.) « *In posterum vero sciant omnes legitimis matrimoniis legitimam sibi posteritatem quærendam... Injusta namque libidinum desideria nulla de cætero venia defendet... quum nimis indignum, nimis sit impium flagitiis præsidia quærere, ut et petulantiæ servire liceat et jus nomenque patris, quod eis denegatum est, id altero legis colore præsumant* (an. 528).

d'autres lois postérieures de Zenon, puis de Justinien, qui vinrent fixer cette institution dans la législation de l'Empire d'Orient. — Mais ni le code Théodosien, ni les lois romaines des royaumes Wisigoth et Burgonde ne portent trace de cette légitimation par mariage, inconnue en Occident, jusqu'à ce que le droit canon l'ait reprise et fondée comme une institution neuve, destinée moins à donner au père la *potestas* et un *heres suus*, qu'à légitimer le bâtard vis-à-vis de chacun de ses auteurs et leur double famille.

La mère, en effet, restait toujours dans l'ombre au travers de ces mesures diverses du Bas-Empire. C'est qu'en fait, les questions de libéralités et de légitimation ne se posaient pas de même à son endroit, non plus que celle de la *potestas*. D'après les senatusconsultes Tertullien et Orphitien, les droits d'hérédité réciproque, entre la mère et les enfants, n'étaient-ils pas réglés pareillement pour les femmes devenues mères, avec ou sans mariage? N'avaient-elles pas aussi bien droit d'aliments? Rien n'y fut changé. — D'autre part la *potestas* ne leur étant pas accessible, il ne pouvait guère se concevoir d'effet juridique entre la mère et l'enfant, à titre de légitimation par mariage subséquent. A devenir l'épouse de celui, dont elle a été la maîtresse ou la concubine, elle gagnait sans doute, vis-à-vis de lui, de n'être plus frappée des incapacités nouvelles, établies au Bas-Empire pour reprendre les libéralités faites à la mère des enfants illégitimes. Mais, vis-à-vis de ses enfants, nulle incapacité de donner ou de tester ne l'atteignait encore, tant que l'idée nouvelle de bâtardise, due pour une grande part au Christianisme, ne fut pas venue creuser une distinction plus profonde entre les fruits de son mariage et ceux de toute autre liaison. Or cette idée nous ne la voyons guère s'introduire dans la législation romaine qu'au temps de Justinien. C'est lui d'abord, qui dans une loi bien curieuse de son code, vint décider, à l'encontre des femmes de haute

condition, que leurs bâtards (*spurii*) ne pourraient ni succéder ni rien recevoir en concours avec leurs enfants légitimes (1). « Ce serait chose indigne de notre temps », ajoute-t-il. Mais il ne voit pourtant rien à redire à ce concours des enfants naturels et légitimes, s'il s'agit d'une femme ordinaire, même de condition libre, ainsi qu'il l'exprime formellement. — Plus tard il devait pourtant agir, et bien durement, contre les enfants nés d'unions adultérines ou incestueuses, en déclarant qu'ils ne pourraient rien recevoir ni rien prétendre de leurs auteurs, pas même des aliments. « *Iste neque naturalis nominatur neque alendus est a parentibus, neque habebit quoddam ad præsentem legem participium* » (2). L'enfant né hors mariage, dans cette législation nouvelle du VIᵉ siècle, allait donc se trouver atteint vis-à-vis de sa mère, comme de son père, au nom des exigences de la morale et de la pudeur, comme le répète volontiers Justinien. C'est une pensée de réprobation et de dureté même, contre les enfants, qui commence à se faire jour. Il faudra voir jusqu'où elle sera poussée à travers le moyen âge et le droit canon, sous le terme courant de « tache de bâtardise » qui rejaillira même sur la condition sociale de ces enfants. — Ici, du moins, le droit classique des Romains s'était montré plus juste, plus humain. Un des beaux textes de Papinien nous a rapporté que nulle incapacité relative aux charges publiques ne pouvait frapper, de son temps, les enfants nés du plus regrettable commerce, parce qu'ils en sont tout innocents. « *Spurii decuriones fiunt et ideo fieri potest ex incerto quoque natus ! Non enim impedienda est dignitas ejus qui nihil admisit* (3).

(1) « *Mulieres illustres, quibus castitatis observatio præcipuum debitum est...* » *L. 5 C (6-57).*

(2) Nov. 89.

(3) L. 6, pr. D. (50-2).

tionnellement, son pécule *castrens* ou *quasi-castrens*. Comment l'idée d'une *collaboratio*, d'un vrai ménage entre les époux, aurait-elle pu naître, d'autant que la femme *filiafamilias* n'acquérait, elle aussi, que pour son *paterfamilias!* Telles étaient bien les conséquences, souvent rappelées aux textes de la jurisprudence classique, où presque toujours on sent la *patria potestas* planant sur tout l'ensemble des effets juridiques du mariage, malgré quelques atteintes venues des empereurs à partir d'Auguste.

On est frappé pourtant, dans les textes du Bas-Empire, de beaucoup moins sentir la préoccupation ou l'intervention constante de cette *potestas*. Il est certain que, dans les constitutions de Constantin et de ses successeurs relatives au mariage, mari et femme sont bien plutôt supposés seuls en présence, comme *sui juris*. Serait-ce à dire, que l'on en était venu à l'émancipation légale par mariage, comme dans nos coutumes françaises? Non, sans doute. Le mariage n'a jamais émancipé les enfants de plein droit, ni dans le droit Romain du Bas-Empire, ni même en nos pays de droit écrit. Mais ce qui est vraisemblable, c'est que l'émancipation, accordée par le *paterfamilias* lui-même, était devenue de plus en plus fréquente. Et l'œuvre du Bas-Empire a fortement contribué à son développement dans l'usage. — Déjà sans doute, aux temps classiques, l'émancipation avait dû commencer de se répandre, parce qu'elle devenait parfois indispensable ou utile, et que beaucoup de ses inconvénients avaient été conjurés. D'un côté, les antiques usages du groupement familial, d'où semblait venue cette notion juridique des *alieni juris*, avaient dû s'altérer avec les progrès et les conquêtes de Rome, avec les séparations fréquentes de l'ancêtre et de ses descendants à travers les nombreuses régions du monde romain. L'expédient du pécule *profectice* ne pouvait suffire toujours, non plus que les mesures et les faveurs d'Auguste pour le pécule *castrens*. L'émancipation, donnant aux fils une véritable liberté d'action et de patrimoine, avait dû s'imposer maintes fois,

comme nécessaire ou préférable, dans Rome et dans l'*orbis romanus*. D'autre part, cette émancipation n'avait plus rien d'aussi fâcheux après les grandes réformes successorales des Préteurs, qui suffisent à témoigner qu'elle était bien entrée dans les mœurs. Aussi les textes classiques parlent-ils déjà de « *favor emancipationis* ». — Or, il n'est pas à douter que c'était surtout aux enfants établis ou mariés, que cette émancipation volontaire devait principalement être concédée. Peut-être même devait-elle s'appliquer plus encore pour les filles, soit au moment du mariage, soit en cours d'union, pour éviter les inconvénients qui ne pouvaient manquer de se produire par l'interposition constante d'une *patria potestas* entre la femme et son mari (1).

Néanmoins le *paterfamilias* restait seul maître de l'émancipation. Il l'a toujours été. Et il pouvait arriver souvent que l'intérêt pécuniaire, sans compter l'amour de sa puissance, le détournât d'émanciper. Emanciper son enfant, n'était-ce pas abdiquer aussi le moyen et le profit d'acquisitions avantageuses *per subjectam personam?* Et cette objection dut se présenter plus forte encore à l'esprit des *patres* Romains, au lendemain du sénatus-consulte Orphitien, quand il devint possible pour eux de profiter de l'hérédité maternelle attribuée à l'enfant, s'ils le maintenaient *alieni juris*.

La législation romaine n'a commencé d'y parer qu'avec Constantin, lorsqu'il eut résolu d'instituer les *bona materna*. Voici comment il y fut amené. En réduisant le droit de *potestas* à l'usufruit de ces biens pour la vie du père, n'allait-il pas encore plus le détourner d'émanciper ses enfants, puisque l'émancipation devait éteindre son usufruit avec sa puissance même? Aussi Constantin l'avait prévu; et dans la même constitution, il avait pris soin de décider que si le père, en concédant l'émancipation, dé-

(1) Ex. : L. 18 (5-4).

chargeait ainsi les *bona materna* de sa jouissance légale, il gagnerait le tiers de ces biens en pleine propriété, comme par juste retour (1). Nul doute que cette importante constitution, qui a été conservée dans l'Occident et insérée au Bréviaire d'Alaric, dut fortement aider au développement des émancipations. Anastase ne fera qu'y joindre une simplification des formes jadis si compliquées. — Or il était naturel que cette émancipation fût suscitée tout spécialement par le mariage des enfants. Tout le progrès des idées d'union conjugale devait y pousser à son tour, pour mieux réaliser cette pensée que les époux doivent être entièrement l'un à l'autre. Et ainsi peut s'expliquer ce fait, incontestable d'ailleurs, que mari et femme, dans la législation du Bas-Empire, nous semblent bien plus ordinairement supposés *sui juris;* que la femme, surtout, n'y paraît plus autant disputée par la *patria potestas* à l'autorité naturelle du mari; et que dès lors, le droit romain s'acheminait de lui-même à l'idée si naturelle et juste d'un foyer libre et juridiquement distinct, pour correspondre à chaque union conjugale.

(1) L. 1, C. Th. (8-9), *Ita ut filius, accepto munere liberatis reique suæ dominus effectus, ne videatur ingratus, tertiam partem custoditæ sibi rei muneris causa, parenti offerat.* Aussi est-ce encore, à partir de Constantin, qu'on voit les enfants, coupables envers leurs pères, exposés à une révocation d'émancipation pour cause d'ingratitude. V. Fr. Vat. n° 260 et L. 1 C. (8-50) (art. 367).

ONZIÈME ET DOUZIÈME COURS

La tradition matrimoniale des Germains venus en Gaule. Les sources.

Puisque nous n'avons pu trouver dans la tradition romaine, même au Bas-Empire, l'ensemble des données essentielles sur lesquelles a reposé notre institution française du mariage, il faut chercher maintenant si toutes ces notions, ou quelques-unes d'entre elles, ne nous seraient pas venues d'autres sources également lointaines.

L'élément romain si fort qu'il nous apparaisse par le système entier de nos études classiques, n'a pas été le seul à compter dans notre civilisation française, comme dans notre droit. Il y a donc lieu d'interroger encore d'autres traditions antérieures, et surtout du côté des Germains, pour voir ce qu'ils auraient pu nous transmettre quant au régime de famille et aux coutumes matrimoniales.

Il est un autre élément de tradition, auquel on a pu songer, mais dont je ne puis vous dire qu'un mot, c'est le fonds prétendu des antiques *Coutumes gauloises* ou *celtiques*.

Certains auteurs ont pensé que les populations gauloises, conquises par César, et qui devaient avoir leurs coutumes matrimoniales distinctes de celles de Rome, ont pu, ont dû même les conserver durant les quatre siècles de pleine domination romaine. Ces coutumes auraient ainsi

subsisté obscurément jusqu'à l'époque de l'invasion germanique, mais assez vivaces encore pour reprendre leur force dans la confusion qui a suivi la chute de l'empire d'Occident. Telles de nos institutions, surtout notre puissance maritale et notre communauté entre époux, auraient pu, dit-on, venir de là.

C'est un sujet de dissertations presque indéfinies, que cette question des origines gauloises, dans notre droit, sans compter celle de leur plus ou moins grande conformité avec les coutumes germaniques (1). Rien n'est plus obscur, en l'absence d'éléments précis et suffisants de discussion. Certes, s'il fallait admettre, sans preuves ou traces positives, la perpétuité d'un droit celtique sous le joug romain, il n'y aurait pas *a priori* d'objection contre l'idée d'appliquer cette thèse à la persistance des coutumes familiales et matrimoniales. Il n'en est point qui tiennent de plus près aux mœurs et qui restent plus chères aux peuples vaincus. Mais encore faudrait-il quelque témoignage formel ou des indices sérieux, pour être en mesure d'affirmer les traits vraiment distincts de ces prétendues coutumes celtiques destinées à durer, et pour être autorisé à croire que les Gaulois, devenus sujets de Rome, n'auraient pas suivi la tradition et les lois romaines en ce qui concerne le régime des gens mariés.

Or sur quoi a-t-on appuyé l'hypothèse de ces coutumes gauloises?

D'abord et presque exclusivement sur deux phrases de César, où il nous dit, pour l'époque où il conquiert les Gaules : 1° que les maris avaient pleine puissance sur leurs femmes comme sur leurs enfants ; 2° que la dot de l'épouse se trouvait mise en commun et conservée avec un fonds égal tiré de la fortune du mari, pour garder

(1) V. à ce sujet César, *De bello gallico*, ch. VI, nos 11 et s., où il s'est proposé de comparer Gaulois et Germains et où il les montre différents, surtout quant au régime de la propriété, mais sans rien mettre en parallèle au sujet de leurs familles et de leurs mariages.

et attribuer au survivant la masse entière de cette *pecunia*, grossie des fruits (1).

J'examinerai soigneusement, plus tard, ce second usage, en discutant le problème des origines de la communauté. Et nous verrons bien qu'il faut conclure qu'il n'y a été pour rien, comme n'impliquant nulle donnée de vraie communauté d'acquisitions ou *collaboratio*, mais rien qu'une réserve mutuelle ménagée d'avance à l'époux survivant. — Mais que penser même du passage, qui reconnaît au mari la puissance absolue sur sa femme (*vitæ necisque potestas*), et où l'on voudrait voir l'origine de nos idées de puissance et d'autorisation maritales? Les Romains connaissaient aussi, dans la *manus*, ce pouvoir si excessif sur l'épouse, semblable à leur *patria potestas*. Et n'avons-nous pas vu que c'est cette *potestas* même qui, supprimant toute idée d'un droit pour la femme traitée en *alieni juris*, a formé dès l'abord le principal obstacle aux notions de véritable association conjugale, qui devaient prévaloir dans notre mariage français! Comment donc tirer une vraisemblance sérieuse de ces quelques lignes de César, si brèves et bien trop incomplètes, pour nous donner une idée suffisante de toute la coutume matrimoniale des Gaulois?

Le mot de César n'aurait d'importance que, si en disant *Viri in uxores, sicut in liberos, vitæ necisque habent potestatem,* il avait eu surtout en vue de signaler et d'affirmer pour le mari seul, et non pour le *paterfamilias*, cette puissance sur l'épouse. Alors nous aurions bien quelque trace précise d'une vraie coutume de puissance maritale au foyer

(1) Voici d'ailleurs le passage entier de César, n° 19 : « *Viri quantas pecunias ab uxoribus dotis nomine acceperunt, tantas ex suis bonis æstimatione factâ, cum dotibus communicant. Hujus omnis pecuniæ conjunctim ratio habetur, fructusque servantur. Uter eorum vita superârit, ad eum pars utriusque cum fructibus superiorum temporum pervenit. Viri in uxores sicut in liberos vitæ necisque habent potestatem; et quum pater familiæ, illustriori loco natus, decessit, ejus propinqui conveniunt et, de morte, si res in suspicionem venit, de uxoribus in servilem modum quæstionem habent. Et si compertum est, igni atque omnibus tormentis excruciatas interficiunt.*

propre des deux époux, encore que puissance bien excessive. Mais il ne le dit pas, puisque sa pensée est surtout d'indiquer que cette puissance domestique est aussi absolue *in uxorem quam in liberos* c'est-à-dire, sans doute, sur toute la descendance, et qu'à la ligne suivante il parle lui-même du Gaulois *paterfamilias*. N'en était-il pas ainsi dans la *manus* romaine réservée au chef de famille, sur les femmes de ses fils comme sur la sienne? — Et nous ne saurions omettre de rapprocher ce que dit Gaius des Galates, qu'il a connus dans l'Asie mineure, et qui pensaient avoir une *patria potestas* presque semblable à celle des Romains (1).

Tout ce que nous dit César, en d'autres passages, au sujet de certains mariages entre Gaulois ne nous donne aucun indice appréciable. Et nulle part, il ne s'y voit non plus rien de vraiment analogue, ni à la *dos ex marito* des Germains, ni à la *donatio ante nuptias* du Bas-Empire, qui ont fait seules pressentir notre douaire futur. Il serait donc téméraire de présumer que notre coutume française du Moyen âge ait dû quelques-uns de ses traits caractéristiques à d'anciens usages gaulois, remontant jusqu'à César; car serait-ce assez, de partir de cet aperçu aussi vague que séduisant, que le fonds de notre population ayant dû rester Gaulois de race, de tempérament, de caractère même, il en a dû être de même de son droit?

J'ajoute que l'ensemble des recueils du droit romain (*jus* et *leges*), pendant les siècles de domination romaine, ne portent pas de trace, en notre sujet, de quelque coutume caractéristique, spéciale à la Gaule (2). Serait-il admissible

(1) Gaius, I, 55.

(2) Un des rares textes du Digeste, qui parle expressément des Gaulois (L. 9, § 3, D. 23-3), nous dit qu'on appelait chez eux *peculium* les biens extra dotaux de la femme nommé παραφερνα en Grèce ou à Rome. Mais, sauf le mot, c'est bien le régime classique des Romains qu'il suppose, avec distinction des biens dotaux et extradotaux. Et il serait singulièrement aventureux de maintenir toute une tradition de puissance maritale sur ce simple terme latin *peculium*, usité pour désigner au delà des Alpes les paraphernaux.

que, dans une partie aussi considérable de l'empire, une coutume matrimoniale, différente en ses principes du régime romain, ait pu se maintenir plusieurs siècles sans qu'il en soit resté quelque marque? Or on n'en peut trouver; pas même au code théodosien, ni dans les *leges romanæ* composées dans les royaumes barbares à l'usage des Gallo-Romains? Nous n'y relevons rien que le droit romain lui-même, tel qu'il s'était transmis et modifié au temps du Bas-Empire.

C'est bien encore ce que nous révèle le peu, que nous pouvons trouver à signaler, des pratiques gallo-romaines au temps des invasions. Sidoine Apollinaire, quand il raconte en sa lettre 70 l'aventure d'Amantius, nous montre-t-il autre chose que l'usage matrimonial romain avec la dot, la *donatio ante nuptias*, et une action *repetundarum* pour cette mère, abusée par son gendre qui n'a fourni qu'un *sponsalitium* dérisoire en lui donnant bientôt trop de petits enfants (1). Et pourtant il s'agit d'une famille d'Auvergne, au cœur même de la Gaule, vers 472. Grégoire de Tours, qui est aussi d'Auvergne, ne nous donnera aucune idée de vieille coutume celtique. Et ce qu'il nous dit, en plusieurs passages, des choses matrimoniales entre Gallo-romains, ne concorde qu'avec le vrai droit romain (2). Enfin, dans les formules dites « d'Angers », datant des premières années du VIe siècle, qui se rapportent bien aux usages des Gallo-Romains plutôt que des Francs, que pourrait-on trouver qui dénote quelque coutume matrimoniale celtique, au lieu et place du droit romain (3)?

(1) « *Et tunc demum de sponsalitiæ donationis paucitate mærere, qvum jam de nepotum numerositate gaudebat* ». C'est bien la *donatio anti nuptias* du Bas-Empire et où donc est l'usage de contredot égale décrit par César?

(2) V. L. 10, n° 8, le long récit qui concerne le mariage et le divorce d'*Eulalius* et de *Tetradia;* — et de même, ce qu'il raconte de saint Leobardus, un Arverne aussi, qui renonce par sainteté au mariage voulu par son père, après avoir accompli toutes les conditions de fiançailles dictées par l'usage romain.

(3) La coutume du pays de Galles, telle qu'on la retrouve au Moyen

N'oublions pas d'ailleurs qu'il résulte de tout l'ensemble de l'histoire, que la Gaule, bientôt conquise par la civilisation de Rome après l'avoir été par ses armes, était devenue dès le IIe siècle une des contrées les plus florissantes et aussi les plus romaines de l'Empire; qu'elle allait compter, de plus, à partir du IIIe siècle, parmi les plus chrétiennes. Or le droit matrimonial romain, sous la double action de la raison impériale et surtout du christianisme, s'était sensiblement amélioré « *humanisé* » depuis les Antonins et plus encore après Constantin, ce qui le rendait d'autant mieux apte à former la législation générale de tout l'Empire. Comment admettre, dès lors, autre chose pour la Gaule, que l'entière soumission juridique due au génie et au droit de Rome, dans son régime matrimonial aussi bien que dans ses autres institutions. Car il faut bien nous faire à cette idée que, nonobstant souvenirs ou tendances contraires, le droit romain, par la force et la supériorité de ses constructions, a pu aisément prévaloir sur des coutumes antérieures encore confuses, disparates, et dès lors peu résistantes, comme pouvaient être celles des Gaulois au temps de César.

Ainsi, me rangeant d'ailleurs à l'opinion la plus accréditée, je ne puis croire à cette thèse d'un vieux droit celtique ayant pu servir dans les fondations de notre coutume matrimoniale française. Et c'est une question tout autre de rechercher et de démêler, dans le tempérament ou le caractère des Gaulois, qui formait pour leur population un fonds plus intime et plus durable que leur peu de coutumes juridiques, s'il ne s'y est pas rencontré quelque ensemble d'éléments favorables à un développement nouveau du droit français après la chute de l'Empire romain. Nous n'avons guère de moyens sûrs pour raisonner sur de

âge, comme coutume de population celtique. n'offre rien non plus qui rappelle l'usage décrit par César, et semble plutôt se rapprocher des mœurs et coutumes primitives analogues à celles des Germains.

tels problèmes, qui restent affaire d'impression autant que de discussion scientifique. Mais si l'on songe que la masse des habitants de notre pays a dû sans doute descendre de cette population généreuse et brillante autant que mobile et nerveuse, déjà décrite par César, — c'est une préoccupation, dont on reste hanté, que de savoir si l'âme gauloise, délivrée de certaines empreintes du génie et du joug romain, ne s'est pas rencontrée en harmonie meilleure avec la race des Francs pour recueillir et développer ensemble l'inspiration chrétienne : cette inspiration, faite de sentiment comme de raison, dont est sortie notre coutume française des gens mariés, ainsi que beaucoup du génie français au moyen âge.

Pour les *Germains*, la question n'est plus la même, puisqu'ils ont été à leur tour conquérants de la Gaule, qu'ils ont achevé au v[e] siècle de renverser toute domination romaine, et qu'en outre la barbarie, croissant après les invasions, montre assez que la civilisation de Rome et ses constructions juridiques n'ont plus conservé même rôle et même solidité. Donc *la tradition germanique*, c'est-à-dire les mœurs et coutumes propres des Germains, apportées d'Outre-Rhin, conservées par eux en vertu de la personnalité des lois, propagées ensuite par la force même de la conquête et leur suprématie de race victorieuse, ne serait-ce pas là un élément capital des origines juridiques que nous recherchons? Il est donc nécessaire de l'envisager en elle-même, cette tradition, pour voir si ce n'est pas à cette source plus qu'à tout autre, qu'il faudrait faire remonter ces notions essentielles de notre système matrimonial, qui ont manqué au droit romain.

Mais déjà, quant au *mariage* même, et à toute notre législation du *lien conjugal*, nul ne pourrait songer à le soutenir. Il est trop évident que ç'a été l'œuvre propre du Christianisme et de son Église d'enseigner et de

construire toute la théorie du lien du mariage, avec son indissolubilité et ses empêchements. Rien de tout ce droit Canon ne se laisse entrevoir dans les coutumes premières des Germains, si ce n'est cette tendance à une grave observance des mariages dont parle Tacite; et sûrement ils pratiquaient le divorce.

Mais, quant aux suites et *effets du mariage*, (au point de vue de la famille, des enfants, des époux eux-mêmes), on a pu dire et on redit encore volontiers que notre droit français a dû la plus grande et la meilleure part de ses conceptions à un fonds primitif de mœurs et de coutumes venu des Germains. A eux, et presque exclusivement à l'influence de leur tradition, beaucoup d'auteurs songent à attribuer notre système de la double parenté maternelle et paternelle, et aussi notre grande donnée de l'association conjugale dans tout ménage rendu distinct et indépendant. — Notamment, quant aux traits caractéristiques de notre ancien régime matrimonial, on a voulu voir venir surtout des Germains, ce beau système coutumier du droit des gens mariés qui se composait jadis des quatre institutions suivantes, étrangères au droit romain classique : La *puissance* et l'*autorisation maritale*, pour organiser le rôle du mari, comme chef de l'union ; — le *douaire* des femmes, pour compenser leur dépendance et mieux assurer leur veuvage; — la *communauté*, pour réaliser l'entière compagnie d'existence dans la sphère des intérêts; — le *don mutuel* au survivant pour joindre à cette communauté le témoignage des sentiments d'affection et de prévoyance, qui découlent si naturellement d'une bonne union conjugale.

Venues des Germains, a-t-on dit; mais qu'entend-on par là? Qu'elles n'auraient été que *le développement de coutumes juridiques* déjà existantes et bien apparentes chez les Germains en général, et en particulier chez nos principaux ancêtres dans les régions du Nord et du Centre : les Francs. Tout cela, comme on l'a répété tant de fois, c'est l'élément germanique opposé à l'élément romain ; et

en faisant presque abstraction de toute autre influence qui aurait pu s'exercer, au cours des siècles, dans cette société gallo-romaine et barbare, si remuée alors; en omettant surtout de porter une attention suffisante sur tout ce qui a pu sortir, en coutume, des suites de la direction chrétienne, commencée déjà au Bas-Empire.

On ne l'affirme pas, sans doute, avec autant de précision et d'assurance pour chacune des quatre institutions, dans lesquelles nous apparaîtra fixée au XIIIe siècle, depuis longtemps, notre coutume française. On le dit plus fortement de deux d'entre elles : de *notre autorité maritale* sur la personne et les biens de la femme, qu'on croit pouvoir rattacher en droite ligne à l'affirmation d'une coutume générale des Germains, appelée le *mundium marital; — du douaire*, qui serait provenu uniquement des usages germains de la *dos* et du *morgengab* donnés par le mari. — La thèse n'est plus aussi catégorique, ni quant au don mutuel ni quant à la communauté pour laquelle on a imaginé tant d'autres origines. Mais il en est beaucoup qui pensent que le *don mutuel* et la *communauté* elle-même (quoique n'ayant apparu que plus tard), avaient du moins leurs vraies sources cachées dans les mœurs et usages primitifs des Germains. Et comme, dans la loi des Francs Ripuaires, se manifestent déjà des préludes significatifs de l'une et l'autre institution, on n'a pas manqué d'exposer (comme allant de soi), que ce qui est écrit dans cette loi, ne saurait être regardé que comme coutume d'origine purement germanique. Nous aurons plus tard à le discuter (1).

Il importe donc, pour l'étude de toutes ces graves questions de notre histoire juridique, d'envisager soigneusement cette tradition des coutumes germaniques antérieures, et d'y faire comme un inventaire des précédents se rapportant à notre sujet, — de le faire surtout *pour les Germains passés en Gaule,* qui ont le plus compté dans l'histoire de notre droit.

(1) V. p. 449 et s.

Mais *que savons-nous des Germains*, de ce que pouvait être, aux premiers siècles de notre ère, et au delà du Rhin, le fond propre et original de leur droit, c'est-à-dire de leurs coutumes familiales et matrimoniales? Que savons-nous, (car là est la question), de ce qu'il pouvait être à *l'heure même des invasions,* c'est-à-dire avant que leur triomphe et leur établissement dans la Gaule romaine, les aient exposés à tant d'influences nouvelles, capables de faire modifier ou dévier leurs usages primitifs? Or, j'y insiste tout de suite; car il importe d'y songer, à ces causes qui ont dû exercer une action si grande sur les mœurs et coutumes de ces bandes guerrières, s'avançant peu à peu dans la Gaule pour s'y établir. — Mais il suffit de s'y arrêter un moment, pour reconnaître qu'ils ont dû être soumis dès leurs débuts à une triple influence, que voici d'un mot.

En ce qui concerne *les mœurs*, et cette partie des mœurs les plus voisines du droit, comptons d'abord *le fait même de la conquête*, c'est-à-dire tout le changement d'idées et d'habitudes qu'ont pu produire, d'une part : la propriété foncière, individuelle, héréditaire, jusque-là si peu connue en Germanie, et s'ouvrant largement pour ces barbares sur les beaux domaines enlevés au fisc romain ou aux vaincus; — d'autre part, leur existence simple et chétive dans les clairières de la Germanie, transformée par tout le butin et le trésor des Gaules, par l'habitation de ces villes et *villæ* romaines, où ils vont prendre, avec tant de goût généreux ou insouciant pour les libéralités et les largesses, l'orgueil, l'ostentation et bien d'autres vices de parvenus. Rappelez-vous ce qu'on a redit, pour les Romains eux-mêmes, des effets de leurs conquêtes de Grèce et d'Orient sur l'état de leurs mœurs, et tout ce qu'on a cru en voir sortir quant à la direction de leur droit, malgré les fortes et rigides constructions des douze Tables. Et les Germains, qui changeaient en outre de contrées, n'avaient pas, certes, de telles fondations juridiques! Mais aussi songez

un peu, de nos jours, aux effets que produisent d'ordinaire les changements de fortune, ou mieux encore, à ce qu'amènent, comme transformations intimes aussi bien qu'extérieures, la venue et le succès d'une famille rustique introduite et fixée dans les villes. Vous pourrez mieux comprendre ainsi ce qui a pu se passer pour ces Germains conquérants de la Gaule. Qu'il me suffise d'ailleurs de vous renvoyer aux récits d'Augustin Thierry!

Pour ce qui regarde directement *leur droit*, comptons aussi *le contact* nécessaire *des Gallo-Romains*, avec un droit si supérieurement organisé dans toute la sphère des règles civiles. Tandis que le peu de coutumes apportées par ces Germains, faute de direction législative et scientifique, faute d'écriture même, ne pouvaient être encore que confuses et mal établies; les voici en face d'un droit civil fortement ordonné dans toutes ses parties, et bien mieux adapté aux exigences d'une société fixe et civilisée. Eh bien! c'est notre comparaison tirée des idées de construction qui revient toujours. Et ne voyez-vous pas que pour ces peuplades en mouvement, pénétrant dans ce milieu nouveau, leurs usages, leurs coutumes mêmes n'étaient guère apportés par eux que comme des tentes légères et mobiles en face des constructions juridiques romaines, qui s'offraient aussi à eux dans la mesure de leurs besoins et sauf à les aménager tant bien que mal à leur convenance! Nous reviendrons souvent sur ce point de vue, qui est capital à mes yeux [1].

Mais il faut compter encore, et non comme la moindre influence en notre sujet, la prompte *conversion* de ces barbares au Christianisme, qui devait si fortement s'emparer

(1) De là, en effet, la peine que nous avons à démêler ce qui est vraiment d'origine germanique, à travers les documents qu'on serait porté tout d'abord à considérer comme des œuvres purement germaniques, telles que les lois barbares et les formules dites *formulæ Salicæ*. Ceci sera discuté plus loin, dans ces deux Cours même, et à la fin du XVII[e] Cours, sur les textes des lois *Burgonde* et *Ripuaire*.

d'eux, comme direction morale et intellectuelle. Car c'est de la Rome chrétienne, bien plutôt que de la Rome païenne, qu'ils vont prendre tant d'inspirations, s'accordant mieux sans doute avec leurs mœurs et tendances premières Or, cette conversion est déjà fait accompli pour les Wisigoths et les Burgondes dès le début du v° siècle, et avant même leur établissement dans les régions de la Gaule où ils allaient se fixer. — Pour les Francs, sans doute, qui déjà s'avançaient au N. E. de la Gaule, leur conversion ne datera que de la fin du cinquième siècle. Mais on sait quel fut son caractère extraordinaire, et combien elle apparut aussitôt sincère et profonde. Elle se produit à l'heure même où ils vont achever la conquête de toutes les grandes parties de la Gaule. Or, qu'avons-nous de renseignements sur eux et leurs coutumes avant cette époque? Mais, pour ce qui a suivi, l'histoire générale nous laisse assez entendre ce que leur adhésion fervente au catholicisme leur valut, dès l'abord, d'entente avec les Évêques, plus tard avec les Papes, et combien leur profita ce concert avec les chefs de l'Église, pour mieux conquérir la masse gallo-romaine et renverser les royaumes ariens. — Il faudra donc songer aussi à toute cette action chrétienne, si rapide alors et si puissante, principalement au sujet du mariage, pour démêler, dans l'analyse de leurs usages et de leurs lois, ce qui peut être regardé comme venu de principe germanique ou chrétien.

J'aurai à revenir souvent sur tous ces points. Mais vous entrevoyez au moins dès à présent quelles réserves ils nous imposent. Sans nier *a priori* qu'un fonds, vraiment germanique ou barbare, de coutumes juridiques ait pu passer en Gaule, pour continuer de s'y développer, il est clair pourtant que ce qu'on voudrait ressaisir, à titre de tradition germanique, c'est leur fonds absolument original, tel qu'il pouvait exister, sur les bords mêmes du Rhin ou au delà, à l'époque des grandes invasions. Et vous devez comprendre que, pour tout ce qui est présenté un peu banalement

comme coutume des Germains, à partir de Clovis, il importe de se bien mettre en garde pour discerner s'il s'agit de droit germanique, vraiment pur et primitif, ou déjà complété, dénaturé, transformé par les suites de la conquête et la double influence chrétienne et romaine. Ce sera pour nous une préoccupation constante et capitale.

Malheureusement il n'est guère de moyens sûrs de démêler partout de tels alliages (1). Et je suis obligé tout d'abord, de vous présenter le tableau peu encourageant de nos moyens de recherche et d'inventaire, quant aux origines purement germaniques. Tout ce que je vais avoir à vous dire, à ce sujet, n'est pas sans doute exclusivement propre à nos études matrimoniales et nous en distraira même un moment; car l'aperçu est plus général. Mais ne vous ai-je par rappelé déjà qu'il entrait dans les données mêmes de cet enseignement, d'y rattacher des notions historiques d'ensemble, à chaque occasion légitime qui se présente?

I

Avant les invasions, nous n'avons guère sur les Germains, que quelques lignes de César, se détachant du passage où il s'est proposé de comparer Gaulois et Germains (2); puis surtout le bref ouvrage de Tacite : « *De moribus Germanorum* », écrit au commencement du second siècle. J'aurai à vous parler beaucoup de cette *Germanie de Tacite*, et à revenir sur la lecture ou l'analyse de quelques chapitres. Mais il est nécessaire d'indiquer d'abord, en ce moment, quel semble avoir été le dessein du grand historien, d'autant qu'il ne s'est révélé nulle part mieux qu'en ce qu'il nous a dit du mariage.

Tacite a voulu faire connaître surtout *les mœurs des*

(1) L'a-t-on bien pu faire, à Rome même, au sujet des rénovations juridiques venues de Grèce ou des autres provinces?

(2) César, *De Bello-Gallico*, L. 6, nos 19 et s.; et aussi, L. 4, nos 1 et s.

Germains, en décrivant leur pays, leur religion, leur caractère, et l'ensemble de leurs sentiments, de leurs idées, de leurs usages (1). Mais, par là même, il a dû faire au moins des allusions à quelques coutumes de nature juridique, sorties des mœurs, et précisément en matière de famille et de mariage où l'intimité est si grande entre mœurs et coutumes proprement dites. Ainsi nous a-t-il transmis quelques données coutumières avec l'esprit qui lui semblait s'en dégager.

A-t-il été narrateur ou observateur sûr et fidèle? Quoiqu'il ne paraisse pas possible d'affirmer qu'il ait vécu ou voyagé lui-même en Germanie, on a bien des raisons de croire que Tacite a eu le moyen et la volonté d'être bien renseigné sur maintes régions, et mieux encore sans doute sur les plus voisines des frontières. Mais il résulte aussi de la lecture de Tacite une impression indéniable : c'est que malgré toute sa sincérité d'historien, il a écrit sous l'empire de préoccupations qui peuvent nous mettre en garde, et dans une pensée d'inquiétude et de patriotisme tout romains. Sa description n'est pas le récit d'un voyageur ou d'un géographe, uniquement soucieux de recueillir et de rapporter sans arrière-pensée le résultat tout objectif de ses observations. Il pressentait aux confins de l'Empire la menace et la pression des Barbares, qu'il voulait dénoncer à l'attention de ses contemporains (2). Il voyait aussi, en té-

(1) Certaines éditions donnent même le titre ainsi : « *De origine, situ, moribus ac populis Germaniæ, liber* ».

(2) L'aveu lui en échappe dans ce cri éloquent : *Maneat, quæso, duretque gentibus, si non amor nostri, at certe odium sui, quando, urgentibus imperii fatis, nihil jam præstare fortuna majus potest quam hostium discordiam.* (nº 33). — Et nous ne pouvons omettre d'observer qu'il parle ainsi à propos des peuples Germains établis alors sur la rive droite du Rhin et destinés à former ceux qu'on appellera plus tard au IIIᵉ siècle, la ligue ou la nation *des Francs*, quand plusieurs de ces peuples, *Bructères*, *Cattes*, *Angrivariens*, *Chamaves*, nommés par Tacite, et *Sicambres*, signalés par César et Florus, se seront unis et confondus ensemble pour commencer de franchir le Rhin.

moin attristé, la faiblesse et le désordre des mœurs romaines. Et qu'est-il résulté de ce double souci? C'est qu'il a vu sans doute les mœurs germaines, surtout leurs mœurs et coutumes matrimoniales, plus belles et plus parfaites qu'elles ne pouvaient être communément. Il semble avoir trop généralisé ou idéalisé le bien qu'il en a pu savoir, de telle sorte que presque à chaque ligne, on devine une allusion critique au vice des unions romaines. Bref, Tacite, ici, semble par trop rappeler ce qui arrive encore de nos jours quand l'un des nôtres, soucieux ou affligé de certains côtés inquiétants des mœurs et usages des grandes villes, vient nous dépeindre la vie plus simple et plus saine des provinces ou des campagnes; mais en fermant trop volontiers les yeux sur certains traits d'infériorité, de rudesse, ou parfois même de grossièreté, qui les déparent. — Il nous le montrera en quelques passages.

Il s'en faut d'ailleurs que Tacite nous ait fourni beaucoup d'indications précises sur ce que nous voudrions surtout y trouver, nous autres, quant au droit privé des Germains. Sur les questions vraiment juridiques, c'est-à-dire sur la formation et la dissolution des mariages, sur les notions de puissance paternelle ou de puissance maritale, sur la condition générale des femmes mariées ou non mariées, sur le principe et les effets des arrangements matrimoniaux, d'une action commune ou distincte des époux, etc., on ne saurait trouver d'observations étendues ou décisives. Son dessein n'était que de donner une peinture large et rapide des mœurs, qu'il pouvait signaler comme les plus générales, en Germanie. Et, n'étant pas jurisconsulte de profession, il n'a pas dû prendre soin de rechercher et de relever minutieusement les traits vraiment juridiques. Peut-être eût-il été d'ailleurs bien malaisé, dès cette époque, de démêler quelques linéaments généraux et précis d'une prétendue coutume juridique de la Germanie, voire même pour quelque grande région distincte de cette vaste contrée (1). Et ainsi devrons-

(1) V. ce qui sera dit à la fin de ce cours.

nous dire que Tacite n'offre pas pour l'observation des coutumes de droit, une mine aussi précieuse qu'au sujet des mœurs et de tout ce qu'on pourrait appeler le caractère, et l'humeur propres des Germains.

Toutefois, il ressort assez nettement des mœurs et usages décrits par Tacite, que le peu de vraies coutumes juridiques, qui pouvaient déjà se trouver établies chez les Germains, nous apparaissent plus naturelles et, disons le mot, plus humaines que les constructions puissantes mais si artificielles de la famille romaine appuyée sur sa *patria potestas*. Ils n'avaient pas de conceptions singulières et systématiques, ressemblant à celles qui étaient venues des vieux juristes ou pontifes romains. Leurs coutumes avaient donc tendance à répondre bien mieux et d'emblée à ces données naturelles de parenté, d'autorité domestique, d'association conjugale, auxquelles le droit romain avait tant de peine à revenir aux derniers siècles, en démolissant peu à peu ses constructions familiales de la *potestas* et de l'*agnatio*. Oui, ces Germains, à la veille de pénétrer victorieusement dans les Gaules, mais sans être munis encore de coutumes fermement tracées et construites, étaient du moins demeurés imbus de sentiments naturels, encore que primitifs, jusque dans leurs usages les plus éloignés de nous, comme la solidarité de famille, les guerres privées, les compositions, etc..., à plus forte raison, dans leurs données de double parenté *tam de matre quam de patre*, et de présent ou *pretium nuptiale* remis par le mari.

Quoique Rome, déjà, et l'histoire leur aient conservé la qualification de Barbares, ils n'étaient pas d'ailleurs à l'état sauvage. Tacite a bien rendu l'impression, qu'il a éprouvée, d'une race jeune et pleine de sève, accessible aux sentiments élevés et généreux dans sa rude et naïve simplicité, et, par-dessus tout, riche d'avenir. Si l'on veut chercher à s'aider de quelque analogie pour tâcher d'en avoir une vision plus nette et de mieux pénétrer le sens de leurs coutumes, c'est bien plutôt, ce me semble, à la situa-

tion et aux mœurs de nos paysans ou habitants les plus agrestes, qu'il conviendrait de les comparer. Au moins faut-il chercher là où, sans rien des dégradations caractéristiques de ces sauvages dont abuse aujourd'hui la préhistoire du Droit, se pourraient rencontrer quelques ressemblances de naturel simple, naïf et vigoureux. — Voilà la conclusion qui ressort de Tacite, et j'y reviendrai. Car, à mon sens, c'est dans ce caractère et ces tendances des Germains, fournissant un terrain neuf et propice à la doctrine ou direction chrétiennes, pour s'accorder avec elle sur les données naturelles de la famille et de l'union conjugale ; c'est là, bien plus que dans de prétendues coutumes de droit apportées de Germanie, qu'il faudra chercher tout le secret d'origine et les plans de notre coutume matrimoniale française.

II

Mais n'avons-nous que César et Tacite? Oui comme témoignages importants pour l'époque antérieure au ve siècle. Mais sitôt après les invasions nous trouvons d'autres documents bien plus nombreux ;

1° Les *rédactions des lois barbares ;*

2° Les *formules et les chartes ;*

3° Les *récits d'historiens du temps* comme Grégoire de Tours (1).

Ils s'offrent à l'érudition moderne comme riches en renseignements de toutes sortes sur les diverses peuplades germaniques, principalement sur celles qui avaient franchi le Rhin ou les Alpes. Mais ce sont là des renseignements,

(1) Pour une connaissance à la fois plus générale et plus précise de ces sources, je ne puis que renvoyer aux développements donnés dans les histoires générales du Droit français comme celles de MM. *Glasson* et *Esmein ;* mais en outre et tout spécialement aux préliminaires importants qui ont été consacrés à l'étude même des sources du Droit français dans l'ouvrage de M. *Viollet*, et plus complètement encore dans celui que publie en ce moment M. *Brissaud.*

ayant trait pour la plupart aux temps d'après le ve siècle. Aussi maintes réserves doivent être faites avant d'y reconnaître, en toute assurance, des règles ou des coutumes venues exclusivement du pur fonds germanique. Ces réserves s'imposent d'autant plus, que tous ces documents ne nous sont connus qu'écrits en langue latine. Elle était donc devenue aussitôt la langue usuelle des Germains passés en Gaule, même des Francs, puisque tous leurs actes privés ou publics, et le texte de leurs lois elles-mêmes arrêté dès la fin du ve siècle ou le début du vi^e, furent rédigés seulement en latin. Or comment croire qu'ils ont pu conserver ou imposer beaucoup de leurs coutumes antérieures, comme coutumes déjà établies, quand ils n'ont pas su maintenir leur propre idiome? Dans l'ensemble des mœurs d'une population, la langue n'est-elle pas d'ordinaire une des parties les plus vivaces et les plus résistantes, même s'il s'agit d'un peuple conquis? — Et comment présumer, d'autre part, que les Francs n'ont rédigé les lois Salique et Ripuaire que pour servir de lois exclusivement personnelles aux hommes de leur race, quand ils n'ont pas su ou voulu les écrire autrement qu'en latin? Il y a là, certes, de quoi donner à réfléchir sur l'application véritable de tous ces documents qu'il faut maintenant envisager (1).

§ 1.

Et d'abord *les lois barbares*, c'est-à-dire, ces rédactions officielles que les peuples germains ont consacrées, tour à

(1) On a prétendu aussi que dans les régions du N. et N. E. de la Gaule, au-dessus de la Seine, les Francs avaient du évincer de bonne heure et presque complètement la population Gallo-Romaine, si bien qu'ils n'auraient eu, à rédiger de lois que pour eux-mêmes, dans ces régions d'Austrasie et de Neustrie. — Comment l'admettre en considérant cet abandon de leur langue qui s'ajoute à tant d'autres témoignages? — Et, changeant à la fois de religion, de langage, de genre de vie (toutes choses qu'ils possédaient plus sûrement qu'un vrai système de coutumes juridiques), devons-nous croire si aisément que nos principes d'institutions matrimoniales ne sont dus qu'à leur apport de Germanie?

tour, à la fixation écrite de leurs coutumes pénales et civiles, comme à la confection de maints règlements nouveaux pour l'organisation de leurs royaumes.

Il est à remarquer que ceux-là ont été les premiers à rédiger leurs lois, qui s'étaient établis en des régions de l'Empire Romain. Les plus anciennes lois barbares, à nous parvenues, ne sont pas celles écrites au cœur même de la Germanie, par des peuplades qui ne l'avaient pas quittée, et d'où nous pourrions plus sûrement attendre la transcription de primitives coutumes germaniques. Ceux-ci, Alamans, Bavarois, Frisons, Saxons, Thuringiens, ne semblent bien avoir vu rédiger leurs lois que plus tard (*du* VIIe *au* IXe *siècle*), à l'imitation des peuples sortis de Germanie, et principalement sous la direction ou l'impulsion des rois Francs, poursuivant leurs nouvelles guerres et conquêtes sur la rive droite du Rhin. La conversion chrétienne de ces barbares restés en Germanie, s'était même accomplie généralement avant ces rédactions plus tardives. Et d'ailleurs combien quelques-unes de ces lois sont succinctes sur tout le sujet qui nous occupe, et peu aptes à nous renseigner sur tout leur régime matrimonial!

Les *Germains, établis en Gaule ou en Italie*, ont compris, les premiers, le besoin de rédiger leur droit, ou du moins partie de leurs usages. Et pourquoi? sans doute pour mieux fixer le véritable état de leurs coutumes, devenues plus incertaines à la suite de leurs migrations, pour en mieux sauvegarder quelques-unes à titre de lois personnelles au contact des Gallo-Romains; mais aussi pour résoudre bien des questions nées de leur situation nouvelle et commencer d'organiser, pour l'ensemble de leurs sujets, certaines institutions de leurs royaumes. L'imitation des recueils romains devait d'ailleurs les convier à ces rédactions.

Or, parmi ces lois, il en est plusieurs, et des plus considérables, émanées des barbares venus dans la Gaule même, où devait surtout s'accomplir la grande rencontre de Rome

et de la Germanie. Les lois des *Wisigoths*, des *Burgondes* et des *Francs* forment, pour l'histoire de notre droit français, l'ensemble principal des sources juridiques où nous pouvons espérer de recueillir certains éléments de la tradition germanique. Il nous faut déjà, à ce premier point de vue, jeter sur elles un coup d'œil rapide.

La *lex barbara Wisigothorum* semblerait d'abord la plus précieuse. Car elle se présente à nous comme la plus considérable et la plus méthodique. Un livre entier (le 3ᵉ), distribué en six titres, se réfère au droit matrimonial sous cette rubrique : *De ordine conjugali*.

Mais, sous cette forme même, de quelle époque date-t-elle? Son plus récent éditeur, *Zeumer*, conclut après discussion qu'elle ne saurait être attribuée qu'au roi Recessuinde, et reportée vers l'année 654. Il y avait déjà un siècle et demi que les Wisigoths avaient été vaincus par Clovis et rejetés en Espagne, sauf la Septimanie par eux longtemps conservée. Leur contact avec la société romaine datait de bien plus loin encore, puisqu'ils étaient venus s'établir dans la Gaule méridionale vers 412, après avoir traversé tout l'empire romain dès leur grande invasion sur le bas Danube et leur victoire d'Andrinople, en 378. Ils avaient donc pu se pénétrer des exemples du droit romain. Eh! n'ont-ils pas été ceux qui avaient pris le plus de soin de rédiger aussi une *lex Romana* (1) dont la loi gothique veut être rapprochée, pour se rendre mieux compte de l'influence incontestée du droit Romain sur tout le droit Wisigoth? — J'ajoute enfin que les Wisigoths étaient devenus chrétiens, dès la fin du IVᵉ siècle, sauf à verser bientôt dans l'hérésie arienne, et que leur loi wisigothe du VIIᵉ siècle porte des traces nombreuses de l'influence chrétienne, tout particulièrement dans le titre du mariage : au sujet du divorce, et dans les réflexions morales ou reli-

(1) Ou *Breviarium Alarici* qui est de 506.

gieuses qui abondent autour des préceptes de droit. Au surplus, tout semble indiquer que ce Code, connu sous le nom de *Liber judiciorum*, a été rédigé pour servir de loi générale à tous les sujets du royaume Wisigoth, quelle que fut leur origine, barbare ou romaine (1).

Cette loi n'est donc pas celle qui semble devoir le mieux nous éclairer sur la pure et primitive tradition germanique. Son examen demande à ce point de vue beaucoup de discernement. Il convient toutefois de noter qu'un grand nombre de fragments de cette loi sont donnés (sous la dénomination d'*Antiqua*), comme des règles plus anciennes et déjà traditionnelles parmi les Wisigoths. Or, on a pu conjecturer que beaucoup d'entre ces fragments devaient se rapporter à une rédaction beaucoup plus ancienne d'une loi des Wisigoths, attribuée à l'un de leurs rois, Euric, et pouvant remonter à la fin du ve siècle (entre 470 et 475). Cette œuvre d'Euric (qu'on pense avoir retrouvée pour partie du moins, dans un manuscrit parisien) aurait été rédigée plus spécialement en vue des barbares seuls, et trente ans avant le bréviaire d'Alaric. Les dispositions qu'elle rapporte n'en auront que plus de prix pour nous aider à démêler ce qu'il est possible de discerner de la tradition barbare des Wisigoths, remontant jusqu'à leur apparition dans la Gaule méridionale. Nous aurons soin d'y recourir. — Or, dès cette rédaction d'Euric, la plus ancienne peut-être de toutes les rédactions germaniques, nous apercevrons déjà l'influence romaine et l'influence chrétienne s'exerçant sur la direction de la coutume barbare.

La *loi des Burgondes*, dite *loi Gombette*, est beaucoup moins abondante que celle des Wisigoths sur tout notre sujet matrimonial. Elle est aussi moins méthodique, et les fragments qui s'y réfèrent sont épars à travers des titres

(1) La loi elle-même le déclare à plusieurs reprises, et tout particulièrement au L. 2, T. 1, n° 8 et 9. « *Nolumus sive romanis legibus seu alienis institutionibus amodo amplius convexari.* »

mal assemblés. Mais elle offre pour nous ce double intérêt, d'être antérieure de plus d'un siècle au *Liber judiciorum* des Wisigoths et d'avoir été écrite pour une région destinée à compter parmi nos pays coutumiers de France. J'ajoute qu'elle sort d'un peuple réputé entre tous d'origine germanique, puisque la légende assignait à la race Burgonde les héros des *Niebelungen*.

Sa rédaction a toujours été principalement attribuée au roi Gondebaud, comme le marque la tradition qui lui a conservé, à travers les siècles, le nom de *Lex Gundebalda,* puis *loi Gombette*. Or Gondebaud a régné au moins de 490 à 516. — Mais la loi Burgonde n'est pas connue dans sa teneur primitive. D'après *R. de Salis*, qui vient de donner une édition savante des *Leges Burgundionum* pour les *Monumenta Germaniæ*, la loi Gombette n'est à considérer que comme une collection de constitutions émanées des princes Burgondes, à partir de l'an 460 environ. Gondebaud n'aurait fait qu'en réunir une partie, pour y ajouter nombre des siennes édictées entre 490 et 500. Tout ce qui suit cette date n'aurait été que novelles de Gondebaud lui-même, ou constitutions postérieures à ce roi. Et le dernier remaniement auquel serait dû le texte, resté traditionnel, daterait de 517, du temps de Sigismond. D'où le nom que le nouvel éditeur a voulu restituer comme le titre véritable de cette compilation officielle : *Liber constitutionum, sive Lex Gundobada.*

Mais sans insister davantage sur ces questions obscures et discutées, quel caractère, quelle valeur reconnaître à cette loi, au point de vue de la recherche des origines matrimoniales purement germaniques?

Il me paraît certain que les rois Burgondes ont visé beaucoup moins à constater des coutumes antérieures et immémoriales, qu'à recueillir les principales décisions d'une législation toute en mouvement pour régler les nombreuses questions soulevées après l'établissement des Burgondes en Gaule, et au milieu des Gallo-Romains. « *De-*

cernimus, statuimus, jubemus », sont les termes qui reviennent sans cesse pour exprimer cette action législative, occupée à modifier la coutume antérieure ou à établir du droit nouveau. — Il serait bien inexact d'ailleurs de ne voir, dans cette loi Gombette, qu'un Code de lois personnelles à l'usage des Burgondes d'origine barbare. Et le plus grand nombre des fragments formulent expressément des dispositions communes aux Romains ou aux barbares. Il en est même quelques-uns qui visent exclusivement les Romains. C'est surtout au sujet des règles successorales, c'est parfois aussi, mais non toujours, en ce qui concerne les dispositions relatives au mariage, qu'il est possible de reconnaître et de constater des règles ou coutumes propres aux seuls Burgondes. Nous ne manquerons pas d'en tirer parti[1].

On voit par là comme il convient d'être circonspect avant d'alléguer telle décision de la loi Gombette, comme tradition purement germanique. D'autant qu'il ne peut être méconnu que l'influence du droit romain, même sous forme d'emprunt direct, s'est exercée dans cette loi Gombette, qui n'a pas échappé davantage aux effets de la direction chrétienne. Eh! comment en aurait-il été autrement, puisque les Burgondes s'étaient établis en Savoie dès 443 et semblent avoir été convertis au christianisme bien avant Clotilde, nièce de leur législateur Gondebaud. N'étaient-ils pas aussi, parmi les Barbares, ceux qui, pour régler les effets de leur conquête, avaient organisé l'arrangement précis du partage des terres, connu sous le nom *d'hospitalitas*, et qui, après s'être fait la grande part, avaient du moins visé à sau-

(1) Je ne crois pas exagérer en disant que les deux tiers de la loi Gombette forment un droit commun aux Burgondes et aux Romains. Le système du recueil semble être de préciser quand tel ou tel titre, ou telle disposition, doivent rester propres aux individus de l'une ou l'autre nation. V. p. ex., T. 14. *De successionibus*, et T. 24, 44, 61. La *Lex Romana,* postérieure à la loi Gombette, et si brève d'ailleurs, doit donc être considérée comme un complément à l'usage des Romains plutôt que leur unique loi, distincte et parallèle.

regarder ce règlement dans l'intérêt des Romains eux-mêmes! Si bien que Grégoire de Tours a dû rendre à Gondebaud ce témoignage : *Burgundionibus leges mitiores instituit, ne Romanos opprimerent* (1).

Mais nous avons encore les deux *lois franques, Salique et Ripuaire*. Ce sont bien celles qui, de tous points, doivent nous préoccuper davantage, puisque les Francs, l'ayant emporté sur tous les autres peuples Germains, ont pu assurer plus d'autorité et de durée à leurs propres lois. Ils eurent d'ailleurs le plus fort de leur établissement au centre des pays coutumiers. N'est-il pas juste d'en induire que leurs usages et leur droit ont dû compter comme élément prépondérant de notre coutume française? C'est du moins une idée à ne pas perdre de vue dans nos recherches.

Mais ces lois franques, datant seulement des Mérovingiens, sont-elles à même de beaucoup nous servir à démêler ce qui a pu venir en elles de pur fonds germanique, antérieur à la conquête, et tout spécialement en notre sujet des coutumes familiales et matrimoniales? Il convient à cet égard de distinguer d'abord entre les deux lois.

La *loi salique* est venue jusqu'à nous en plusieurs textes différents, qui donnent lieu de supposer qu'elle a eu, non seulement des remaniements de copistes, mais plusieurs rédactions. La plus ancienne (telle qu'on s'est efforcé, de nos jours, de la restituer dans sa teneur première) est donnée généralement, comme remontant à Clovis. On croit même qu'elle fut écrite avant sa conversion, entre 486 et 496. L'action du christianisme ne s'y fait pas sentir encore. L'influence du contact romain y semble bien minime. Quoiqu'elle ne soit peut-être pas antérieure au code d'*Euric*, ni même, de beaucoup, à la *loi Gombette*, il est certain qu'elle apparaît bien plus comme loi personnelle dès

(1) L. 2, t. 33.

Francs, qui n'étaient encore que campés en Gaule. C'est la loi qu'on s'accorde à considérer comme la plus apte à nous renseigner sur ce que pouvaient être des coutumes purement germaniques, au temps des invasions. Nous y trouverons notamment quelques traits précieux à recueillir sur les caractères généraux de la famille, bien concordants d'ailleurs avec Tacite.

Le malheur est qu'elle semble à peu près muette sur les coutumes matrimoniales des Francs Saliens. Quelques fragments sur le rapt ou les adultères, un titre court et singulier sur le *reipus*, c'est là tout ce que nous y pouvons lire. Sur la formation du mariage, sur le divorce, sur l'union conjugale appliquée aux personnes ou aux biens, rien ne peut être relevé dans cette loi salique du v[e] siècle.

Nous ne trouverons pas davantage, à cet égard, dans les autres rédactions, pas même dans la *Lex salica emendata*. C'est seulement dans quelques textes saliens distincts, de date incertaine, et connus sous le nom de *Capitula addita* ou *extravagantia*, qu'il sera possible de relever quelques indications se referant au droit matrimonial des Francs Saliens. Le premier et le plus ancien de ces *capitula* (qui remonte peut-être à la première moitié du vi[e] siècle), nous donnera un précieux complément de la loi salique au sujet de la *dos* des femmes, et de ce qui en advient au cas de second mariage (1). — Mais en fin de compte, il y a bien peu à tirer des textes de législation salique. Et d'ailleurs, dans ces chapitres adjoints à la loi primitive, plus ou moins longtemps après Clovis, comment serait-il possible d'affirmer la simple constatation d'une antique coutume germanique? N'est-ce pas déjà quelque retouche, ou même une véritable innovation?

La *Loi Ripuaire*, qui fut rédigée en vue des Francs d'Austrasie, nous sera plus précieuse au sujet des coutumes matrimoniales; car elle renferme deux titres importants qui

(1) V. ce texte, cité d'après l'édition de *Behrend*, aux p. 385 et 435.

manquent dans la loi salique : l'un, *De dotibus mulierum;* l'autre, sur l'*affatomie* conçue comme libéralité mutuelle entre époux. A défaut d'un règlement d'ensemble sur toute l'institution du mariage (y compris sa formation et sa dissolution), nous y trouverons du moins quelques traits bien dessinés du régime conjugal des intérêts. Et ce seront là des textes de la plus haute importance, comme prélude de notre coutume matrimoniale française.

Mais faudra-t-il y voir un simple rappel de la coutume franque antérieure, ou bien, plutôt, des usages et du droit nouveaux, ayant suivi la conquête et la conversion des Francs? Et même, la loi Ripuaire ne consacrera-t-elle en ces deux titres qu'un droit matrimonial tout personnel aux Francs ou déjà commun à toute la population de leur royaume? Là est le nœud du problème qu'il nous faudra plus tard examiner.

Mais, pour l'heure, que pouvons-nous constater au sujet de cette source? D'après *Sohm*(1), la loi ripuaire, rédigée dans des conditions encore ignorées, ne serait pas toute d'une même venue. Dans ses parties les plus anciennes, elle semble dater au plus tôt du milieu du VIe siècle (entre 534 et 550). Tandis que la suite des titres, au milieu desquels se rencontrent les fragments de la législation matrimoniale, ne résulterait que de quelque rédaction postérieure qui ne paraît pas pouvoir remonter avant la deuxième moitié du VIe siècle, peut-être seulement à ses dernières années. Je vous dirai pourquoi elle me semble pouvoir être attribuée à Brunehaut et Childebert II, vers 590.

Il y avait donc quelque cent ans que les Francs dominaient en conquérants de la Gaule et s'étaient convertis au christianisme. Dès lors, comment accepter, d'emblée et sans examen, l'idée que cette loi ripuaire n'aurait été que la constatation des coutumes antérieures d'outre-Rhin? Elle porte d'ailleurs, en maints passages, la trace indubitable

(1) V. son édition de la *Lex Ripuaria*, donnée en 1883, et la préface.

de la direction chrétienne et de l'imitation romaine. L'Église même avec son clergé, ses possessions, ses esclaves, y tient une place notable. — C'est aussi, à mon sens, comme chez les Burgondes, une loi destinée à formuler et à fixer sur plus d'un point, au milieu des situations nouvelles, la législation vivante et agissante du royaume. On y rencontre maints articles de disposition vraiment organisatrice, formulés en termes généraux, et qui donnent l'impression du roi Franc légiférant pour l'ensemble de ses sujets barbares ou romains. Telle notamment la série des titres 57 à 62, appelée par Sohm « *constitutio regia* ». D'ailleurs il convient de ne pas oublier que ni les rois de Neustrie, ni ceux d'Austrasie n'ont pris soin de faire rédiger une loi romaine pour affirmer et sauvegarder l'usage des lois personnelles distinctes entre leurs sujets. — Ne soyons donc pas portés à présumer si fortement, comme venus du fond de Germanie, les principes de ces dispositions législatives, dont plusieurs et des plus importantes vont rester propres aux royaumes des Francs fixés en Gaule, et inconnues des autres Germains.

Si nous sortons des Gaules pour regarder à d'autres régions de l'Empire romain, il est encore une législation barbare, celle des Lombards, qui commande l'attention, tant par l'étendue de ses textes que par l'abondance et l'originalité de ses dispositions, relatives au droit matrimonial.

Ces *Lombards* ou *Longobards*, dont parlait déjà Tacite comme renommés au nord de la Germanie, ont par une expédition directe envahi l'Italie et conquis la vallée du Pô en 570. Ils fondèrent là un royaume qui resta puissant jusqu'à Charlemagne. C'est pour l'organiser, qu'ils commencèrent d'écrire leurs lois, trois quarts de siècle après la conquête.

En 643, leur roi Rotharis, fit cette première et considérable rédaction de la loi lombarde appelée l'*Edictum Rotharis* qui, à partir du n° 177, contient de nombreux

fragments sur le mariage. Nous les voyons ensuite développés et modifiés par les successeurs de Rotharis, surtout par Luitprand, dont nous possédons l'œuvre législative, d'année en année, pendant ses vingt-deux ans de règne. Aucun royaume barbare ne saurait mieux se prêter à une étude suivie des progrès de sa coutume matrimoniale.

Les Lombards, sans doute, étaient devenus chrétiens presque aussitôt après leur conquête. Ils l'étaient déjà au temps de Rotharis, qui prend soin de le rappeler dans son prologue. Et le contact romain ne pouvait leur faire défaut, en Italie. Il est visible pourtant que leurs rédactions législatives, surtout celle de Rotharis, ont conservé une saveur barbare très accusée. Leur langage même en témoigne, à travers ce latin parsemé de nombreux termes barbares, comme dans la loi salique. On serait donc tenté de tirer grand parti de cette loi de Lombards, plus explicite que la plupart des autres au sujet du mariage, pour discerner et exposer ce que pouvaient être les primitives coutumes germaniques. C'est là ce qu'ont fait nombre d'auteurs, prétendant ainsi reconstituer une sorte de coutume universelle des anciens Germains, principalement à l'aide des Lombards.

Mais on a contesté ce point de vue et, selon moi, avec beaucoup de raison, en faisant observer sur combien de points ce droit est resté toujours spécial aux Lombards. Et j'y dois insister. N'oublions pas que l'invasion des Lombards a été beaucoup plus tardive que celles des Goths, des Burgondes et des Francs; qu'ils étaient venus directement de régions tout autres et plus éloignées de Germanie; que nombre de leurs coutumes apparaissent sensiblement différentes et, comme on l'a observé, plus rudes et plus farouches que celles rencontrées en d'autres lois barbares, même bien antérieures. Sans renoncer à s'en aider avec prudence, il serait hasardeux de faire fond trop largement sur ces coutumes lombardes (1).

(1) Paul Gide (chapitre sur l'Italie, p. 294 et s.), a soutenu fortement

Parmi les auteurs, qui nous tiennent en garde de ce côté, il en est qui ont cru devoir songer, plutôt, aux lois et usages de *la Scandinavie,* pour retrouver la primitive et pure coutume germanique. Paul Gide a été, en France, l'un des plus brillants défenseurs de cette idée. Et voici comment il l'expose : « Avant l'invasion, les diverses tribus germaines obéissaient en général aux mêmes institutions fondamentales, et ne formaient en quelque sorte qu'un seul peuple ». Or d'après lui, c'est d'après les anciens codes de Suède, de Norvège, de Danemark et d'Islande, que nous pourrions le mieux connaître les vrais éléments de cette tradition germanique, telle qu'elle devait préexister avant les invasions et les conquêtes, chez nos ancêtres barbares venus en Gaule. Il en donne pour raisons principales que « pour bien connaître les Germains, il faut pénétrer jusqu'aux lieux mêmes d'où ils sont partis » ; « seuls, les Scandinaves ont su conserver intact le dépôt des traditions nationales. Presque séparés du reste de l'Europe par les mers ou par les glaces, ils n'ont jamais ressenti dans leurs sauvages et paisibles retraites, ni l'influence de la civilisation romaine, ni le contre-coup des invasions barbares. Le christianisme lui-même ne pénétra chez eux que fort tard ». Et d'ailleurs, ajoute-t-il « ces lois scandinaves, écrites pour la plupart plus de mille ans après Tacite, présentent avec le livre de l'historien latin une conformité qu'on ne retrouve au même degré dans aucun autre des codes germaniques » (1).

Il est vrai que de cette conformité originaire la démonstration n'est guère faite, pas même en ce qui concerne les mœurs, moins encore en ce qui concerne le droit. Toute

cette idée « qu'on a fait fausse route en allant chercher les origines du droit germanique dans le droit des Lombards », qui, selon lui, obéissant aux nécessités de leur conquête « ont exagéré, par une réaction violente, la rudesse de leurs institutions nationales » et tout particulièrement « de leur *mundium* perpétuel sur les femmes ». Nous y reviendrons d'ailleurs aux *13e et 14e* Cours.

(1) P. Gide, p. 221 et s., au chapitre sur la Scandinavie.

cette thèse, si élégamment présentée et si séduisante, demeure à l'état de pure hypothèse. Si l'on prend soin de lire attentivement les divers passages, consacrés par Gide au développement de cette idée, on arrive à se convaincre que dans ces pages, riches de pensées si heureusement exprimées, le fond même de la question, c'est-à-dire les traits donnés comme caractéristiques d'une coutume germanique originaire se bornent à quelques observations bien générales et un peu vagues. Austérité des mœurs et forte répulsion pour l'inconduite : tendance remarquable à entourer les femmes de beaucoup d'estime ou de respect : contre elles, nulle incapacité de défiance ou de dédain, mais rien que des incapacités de fait provenant de leur impuissance naturelle à porter les armes : voilà tout ce qu'il relève dans Tacite, dans les chants scandinaves, dans les lois même de Scandinavie, comme le fonds propre de la race et de la coutume des Germains. Or qui ne voit que ce sont là bien plutôt des mœurs et des tendances que de véritables coutumes ou institutions? Ne pourrait-on tirer de semblables témoignages de nombre d'auteurs latins vantant les antiques mœurs du *Latium*? Je ne saurais donc voir là des traits suffisamment arrêtés ou esquissés, pour nous représenter quelque plan primordial d'une coutume universelle des Germains, donnée pour existante aux temps lointains de leur berceau commun autour de la Baltique.

Quand les vraies coutumes scandinaves nous apparaissent au moyen-âge, il est déjà certain qu'elles diffèrent fortement des coutumes qui nous sont connues, plus anciennement, pour d'autres peuples germains (1). Aussi partout cette

(1) P. Gide n'est-il pas obligé d'en convenir lui-même? (p. 202 et s.). « Quand l'émigration et la conquête les eurent dispersées, elles se donnèrent sous l'influence de milieux différents des législations particulières ». Et suffit-il de dire que : « ces divergences n'ont point leurs racines dans l'antique constitution germanique et ne sont pour la plupart, que le produit des accidents variés de l'invasion », quand il vient d'être écrit : « il n'est pas de système ou d'hypothèse sur l'état des femmes en Germanie

thèse (1) se heurte à cette objection, vraiment capitale à mes yeux, que nous ne connaissons rien de précis sur les coutumes scandinaves avant le XIe siècle. Jusque-là, c'est l'inconnu ou le mystère; et il est trop facile, en conjectures sur les origines, de prêter à l'ombre et au mystère. A moins de ressemblances et de preuves autrement positives, n'est-il pas téméraire de soutenir que les coutumes de nos ancêtres, Francs, Burgondes et Wisigoths, ont dû s'identifier primitivement avec des coutumes scandinaves, attestées seulement au XIe siècle, quand leurs lois de Gaule, déjà au VIe siècle, apparaissent si différentes en des traits essentiels? Je ne saurais donc attacher tant d'importance et donner tant de crédit, pour notre histoire du droit, à ces antiques données scandinaves, et j'en donnerai tout à l'heure encore d'autres raisons.

De cet examen nous tirerons pour conclusion qu'il convient d'être très réservé dans cette recherche ou ces affirmations d'une coutume germanique primitive et universelle. Quoique beaucoup d'auteurs l'aient tenté, c'est un jeu hasardeux de viser à la reconstituer (comme par mosaïque), au moyen de morceaux recueillis à travers chacune de ces lois barbares, qu'on trouve échelonnées depuis les côtes de la Baltique jusqu'à celles de l'Atlantique et de la Méditerranée; lois si imparfaites, rédigées par des peuplades dispersées, à des époques assez différentes, après des aventures et des contacts si divers.—Mais voici, à mon sens, la plus grave considération. C'est qu'il

qui ne pût trouver en même temps sa confirmation dans certaines lois barbares et son démenti dans d'autres lois » ? Quelle idée se faire, après d'aussi sincères aveux d'une *coutume originaire et universelle de Germanie envisagée au point de vue précis du droit* ?

(1) Nous la retrouverons plus tard sur un point particulier, au sujet des origines de notre communauté conjugale qu'on a voulu, parfois aussi, faire dériver de la Scandinavie, comme on a voulu, d'ailleurs en faire dériver aussi bien un droit différent, celui de Normandie. Tant il reste d'incertitude et d'imagination pure dans ces recherches d'origines trop lointaines !

mal assemblés. Mais elle offre pour nous ce double intérêt, d'être antérieure de plus d'un siècle au *Liber judiciorum* des Wisigoths et d'avoir été écrite pour une région destinée à compter parmi nos pays coutumiers de France. J'ajoute qu'elle sort d'un peuple réputé entre tous d'origine germanique, puisque la légende assignait à la race Burgonde les héros des *Niebelungen.*

Sa rédaction a toujours été principalement attribuée au roi Gondebaud, comme le marque la tradition qui lui a conservé, à travers les siècles, le nom de *Lex Gundebalda,* puis *loi Gombette.* Or Gondebaud a régné au moins de 490 à 516. — Mais la loi Burgonde n'est pas connue dans sa teneur primitive. D'après *R. de Salis,* qui vient de donner une édition savante des *Leges Burgundionum* pour les *Monumenta Germaniæ*, la loi Gombette n'est à considérer que comme une collection de constitutions émanées des princes Burgondes, à partir de l'an 460 environ. Gondebaud n'aurait fait qu'en réunir une partie, pour y ajouter nombre des siennes édictées entre 490 et 500. Tout ce qui suit cette date n'aurait été que novelles de Gondebaud lui-même, ou constitutions postérieures à ce roi. Et le dernier remaniement auquel serait dû le texte, resté traditionnel, daterait de 517, du temps de Sigismond. D'où le nom que le nouvel éditeur a voulu restituer comme le titre véritable de cette compilation officielle : *Liber constitutionum, sive Lex Gundobada.*

Mais sans insister davantage sur ces questions obscures et discutées, quel caractère, quelle valeur reconnaître à cette loi, au point de vue de la recherche des origines matrimoniales purement germaniques?

Il me paraît certain que les rois Burgondes ont visé beaucoup moins à constater des coutumes antérieures et immémoriales, qu'à recueillir les principales décisions d'une législation toute en mouvement pour régler les nombreuses questions soulevées après l'établissement des Burgondes en Gaule, et au milieu des Gallo-Romains. « *De-*

cernimus, statuimus, jubemus », sont les termes qui reviennent sans cesse pour exprimer cette action législative, occupée à modifier la coutume antérieure ou à établir du droit nouveau. — Il serait bien inexact d'ailleurs de ne voir, dans cette loi Gombette, qu'un Code de lois personnelles à l'usage des Burgondes d'origine barbare. Et le plus grand nombre des fragments formulent expressément des dispositions communes aux Romains ou aux barbares. Il en est même quelques-uns qui visent exclusivement les Romains. C'est surtout au sujet des règles successorales, c'est parfois aussi, mais non toujours, en ce qui concerne les dispositions relatives au mariage, qu'il est possible de reconnaître et de constater des règles ou coutumes propres aux seuls Burgondes. Nous ne manquerons pas d'en tirer parti (1).

On voit par là comme il convient d'être circonspect avant d'alléguer telle décision de la loi Gombette, comme tradition purement germanique. D'autant qu'il ne peut être méconnu que l'influence du droit romain, même sous forme d'emprunt direct, s'est exercée dans cette loi Gombette, qui n'a pas échappé davantage aux effets de la direction chrétienne. Eh! comment en aurait-il été autrement, puisque les Burgondes s'étaient établis en Savoie dès 443 et semblent avoir été convertis au christianisme bien avant Clotilde, nièce de leur législateur Gondebaud. N'étaient-ils pas aussi, parmi les Barbares, ceux qui, pour régler les effets de leur conquête, avaient organisé l'arrangement précis du partage des terres, connu sous le nom *d'hospitalitas*, et qui, après s'être fait la grande part, avaient du moins visé à sau-

(1) Je ne crois pas exagérer en disant que les deux tiers de la loi Gombette forment un droit commun aux Burgondes et aux Romains. Le système du recueil semble être de préciser quand tel ou tel titre, ou telle disposition, doivent rester propres aux individus de l'une ou l'autre nation. V. p. ex., T. 14. *De successionibus*, et T. 24, 44, 61. La *Lex Romana*, postérieure à la loi Gombette, et si brève d'ailleurs, doit donc être considérée comme un complément à l'usage des Romains plutôt que leur unique loi, distincte et parallèle.

vegarder ce règlement dans l'intérêt des Romains eux-mêmes! Si bien que Grégoire de Tours a dû rendre à Gondebaud ce témoignage : *Burgundionibus leges mitiores instituit, ne Romanos opprimerent* (1).

Mais nous avons encore les deux *lois franques, Salique et Ripuaire*. Ce sont bien celles qui, de tous points, doivent nous préoccuper davantage, puisque les Francs, l'ayant emporté sur tous les autres peuples Germains, ont pu assurer plus d'autorité et de durée à leurs propres lois. Ils eurent d'ailleurs le plus fort de leur établissement au centre des pays coutumiers. N'est-il pas juste d'en induire que leurs usages et leur droit ont dû compter comme élément prépondérant de notre coutume française? C'est du moins une idée à ne pas perdre de vue dans nos recherches.

Mais ces lois franques, datant seulement des Mérovin giens, sont-elles à même de beaucoup nous servir à démêler ce qui a pu venir en elles de pur fonds germanique, antérieur à la conquête, et tout spécialement en notre sujet des coutumes familiales et matrimoniales? Il convient à cet égard de distinguer d'abord entre les deux lois.

La *loi salique* est venue jusqu'à nous en plusieurs textes différents, qui donnent lieu de supposer qu'elle a eu, non seulement des remaniements de copistes, mais plusieurs rédactions. La plus ancienne (telle qu'on s'est efforcé, de nos jours, de la restituer dans sa teneur première) est donnée généralement, comme remontant à Clovis. On croit même qu'elle fut écrite avant sa conversion, entre 486 et 496. L'action du christianisme ne s'y fait pas sentir encore. L'influence du contact romain y semble bien minime. Quoiqu'elle ne soit peut-être pas antérieure au code d'*Euric*, ni même, de beaucoup, à la *loi Gombette*, il est certain qu'elle apparaît bien plus comme loi personnelle dès

(1) L. 2, t. 33.

Francs, qui n'étaient encore que campés en Gaule. C'est la loi qu'on s'accorde à considérer comme la plus apte à nous renseigner sur ce que pouvaient être des coutumes purement germaniques, au temps des invasions. Nous y trouverons notamment quelques traits précieux à recueillir sur les caractères généraux de la famille, bien concordants d'ailleurs avec Tacite.

Le malheur est qu'elle semble à peu près muette sur les coutumes matrimoniales des Francs Saliens. Quelques fragments sur le rapt ou les adultères, un titre court et singulier sur le *reipus*, c'est là tout ce que nous y pouvons lire. Sur la formation du mariage, sur le divorce, sur l'union conjugale appliquée aux personnes ou aux biens, rien ne peut être relevé dans cette loi salique du vᵉ siècle.

Nous ne trouverons pas davantage, à cet égard, dans les autres rédactions, pas même dans la *Lex salica emendata*. C'est seulement dans quelques textes saliens distincts, de date incertaine, et connus sous le nom de *Capitula addita* ou *extravagantia*, qu'il sera possible de relever quelques indications se référant au droit matrimonial des Francs Saliens. Le premier et le plus ancien de ces *capitula* (qui remonte peut-être à la première moitié du viᵉ siècle), nous donnera un précieux complément de la loi salique au sujet de la *dos* des femmes, et de ce qui en advient au cas de second mariage (1). — Mais en fin de compte, il y a bien peu à tirer des textes de législation salique. Et d'ailleurs, dans ces chapitres adjoints à la loi primitive, plus ou moins longtemps après Clovis, comment serait-il possible d'affirmer la simple constatation d'une antique coutume germanique? N'est-ce pas déjà quelque retouche, ou même une véritable innovation?

La *Loi Ripuaire*, qui fut rédigée en vue des Francs d'Austrasie, nous sera plus précieuse au sujet des coutumes matrimoniales; car elle renferme deux titres importants qui

(1) V. ce texte, cité d'après l'édition de *Behrend*, aux p. 385 et 435.

manquent dans la loi salique : l'un, *De dotibus mulierum;* l'autre, sur l'*affatomie* conçue comme libéralité mutuelle entre époux. A défaut d'un règlement d'ensemble sur toute l'institution du mariage (y compris sa formation et sa dissolution), nous y trouverons du moins quelques traits bien dessinés du régime conjugal des intérêts. Et ce seront là des textes de la plus haute importance, comme prélude de notre coutume matrimoniale française.

Mais faudra-t-il y voir un simple rappel de la coutume franque antérieure, ou bien, plutôt, des usages et du droit nouveaux, ayant suivi la conquête et la conversion des Francs? Et même, la loi Ripuaire ne consacrera-t-elle en ces deux titres qu'un droit matrimonial tout personnel aux Francs ou déjà commun à toute la population de leur royaume? Là est le nœud du problème qu'il nous faudra plus tard examiner.

Mais, pour l'heure, que pouvous-nous constater au sujet de cette source? D'après *Sohm*(1), la loi ripuaire, rédigée dans des conditions encore ignorées, ne serait pas toute d'une même venue. Dans ses parties les plus anciennes, elle semble dater au plus tôt du milieu du VIe siècle (entre 534 et 550). Tandis que la suite des titres, au milieu desquels se rencontrent les fragments de la législation matrimoniale, ne résulterait que de quelque rédaction postérieure qui ne paraît pas pouvoir remonter avant la deuxième moitié du VIe siècle, peut-être seulement à ses dernières années. Je vous dirai pourquoi elle me semble pouvoir être attribuée à Brunehaut et Childebert II, vers 590.

Il y avait donc quelque cent ans que les Francs dominaient en conquérants de la Gaule et s'étaient convertis au christianisme. Dès lors, comment accepter, d'emblée et sans examen, l'idée que cette loi ripuaire n'aurait été que la constatation des coutumes antérieures d'outre-Rhin? Elle porte d'ailleurs, en maints passages, la trace indubitable

(1) V. son édition de la *Lex Ripuaria*, donnée en 1883, et la préface.

de la direction chrétienne et de l'imitation romaine. L'Église même avec son clergé, ses possessions, ses esclaves, y tient une place notable. — C'est aussi, à mon sens, comme chez les Burgondes, une loi destinée à formuler et à fixer sur plus d'un point, au milieu des situations nouvelles, la législation vivante et agissante du royaume. On y rencontre maints articles de disposition vraiment organisatrice, formulés en termes généraux, et qui donnent l'impression du roi Franc légiférant pour l'ensemble de ses sujets barbares ou romains. Telle notamment la série des titres 57 à 62, appelée par Sohm « *constitutio regia* ». D'ailleurs il convient de ne pas oublier que ni les rois de Neustrie, ni ceux d'Austrasie n'ont pris soin de faire rédiger une loi romaine pour affirmer et sauvegarder l'usage des lois personnelles distinctes entre leurs sujets. — Ne soyons donc pas portés à présumer si fortement, comme venus du fond de Germanie, les principes de ces dispositions législatives, dont plusieurs et des plus importantes vont rester propres aux royaumes des Francs fixés en Gaule, et inconnues des autres Germains.

Si nous sortons des Gaules pour regarder à d'autres régions de l'Empire romain, il est encore une législation barbare, celle des Lombards, qui commande l'attention, tant par l'étendue de ses textes que par l'abondance et l'originalité de ses dispositions, relatives au droit matrimonial.

Ces *Lombards* ou *Longobards*, dont parlait déjà Tacite comme renommés au nord de la Germanie, ont par une expédition directe envahi l'Italie et conquis la vallée du Pô en 570. Ils fondèrent là un royaume qui resta puissant jusqu'à Charlemagne. C'est pour l'organiser, qu'ils commencèrent d'écrire leurs lois, trois quarts de siècle après la conquête.

En 643, leur roi Rotharis, fit cette première et considérable rédaction de la loi lombarde appelée l'*Edictum Rotharis* qui, à partir du n° 177, contient de nombreux

fragments sur le mariage. Nous les voyons ensuite développés et modifiés par les successeurs de Rotharis, surtout par Luitprand, dont nous possédons l'œuvre législative, d'année en année, pendant ses vingt-deux ans de règne. Aucun royaume barbare ne saurait mieux se prêter à une étude suivie des progrès de sa coutume matrimoniale.

Les Lombards, sans doute, étaient devenus chrétiens presque aussitôt après leur conquête. Ils l'étaient déjà au temps de Rotharis, qui prend soin de le rappeler dans son prologue. Et le contact romain ne pouvait leur faire défaut, en Italie. Il est visible pourtant que leurs rédactions législatives, surtout celle de Rotharis, ont conservé une saveur barbare très accusée. Leur langage même en témoigne, à travers ce latin parsemé de nombreux termes barbares, comme dans la loi salique. On serait donc tenté de tirer grand parti de cette loi de Lombards, plus explicite que la plupart des autres au sujet du mariage, pour discerner et exposer ce que pouvaient être les primitives coutumes germaniques. C'est là ce qu'ont fait nombre d'auteurs, prétendant ainsi reconstituer une sorte de coutume universelle des anciens Germains, principalement à l'aide des Lombards.

Mais on a contesté ce point de vue et, selon moi, avec beaucoup de raison, en faisant observer sur combien de points ce droit est resté toujours spécial aux Lombards. Et j'y dois insister. N'oublions pas que l'invasion des Lombards a été beaucoup plus tardive que celles des Goths, des Burgondes et des Francs; qu'ils étaient venus directement de régions tout autres et plus éloignées de Germanie; que nombre de leurs coutumes apparaissent sensiblement différentes et, comme on l'a observé, plus rudes et plus farouches que celles rencontrées en d'autres lois barbares, même bien antérieures. Sans renoncer à s'en aider avec prudence, il serait hasardeux de faire fond trop largement sur ces coutumes lombardes (1).

(1) Paul Gide (chapitre sur l'Italie, p. 294 et s.), a soutenu fortement

Parmi les auteurs, qui nous tiennent en garde de ce côté, il en est qui ont cru devoir songer, plutôt, aux lois et usages de *la Scandinavie,* pour retrouver la primitive et pure coutume germanique. Paul Gide a été, en France, l'un des plus brillants défenseurs de cette idée. Et voici comment il l'expose : « Avant l'invasion, les diverses tribus germaines obéissaient en général aux mêmes institutions fondamentales, et ne formaient en quelque sorte qu'un seul peuple ». Or d'après lui, c'est d'après les anciens codes de Suède, de Norvège, de Danemark et d'Islande, que nous pourrions le mieux connaître les vrais éléments de cette tradition germanique, telle qu'elle devait préexister avant les invasions et les conquêtes, chez nos ancêtres barbares venus en Gaule. Il en donne pour raisons principales que « pour bien connaître les Germains, il faut pénétrer jusqu'aux lieux mêmes d'où ils sont partis » ; « seuls, les Scandinaves ont su conserver intact le dépôt des traditions nationales. Presque séparés du reste de l'Europe par les mers ou par les glaces, ils n'ont jamais ressenti dans leurs sauvages et paisibles retraites, ni l'influence de la civilisation romaine, ni le contre-coup des invasions barbares. Le christianisme lui-même ne pénétra chez eux que fort tard ». Et d'ailleurs, ajoute-t-il « ces lois scandinaves, écrites pour la plupart plus de mille ans après Tacite, présentent avec le livre de l'historien latin une conformité qu'on ne retrouve au même degré dans aucun autre des codes germaniques » (1).

Il est vrai que de cette conformité originaire la démonstration n'est guère faite, pas même en ce qui concerne les mœurs, moins encore en ce qui concerne le droit. Toute

cette idée « qu'on a fait fausse route en allant chercher les origines du droit germanique dans le droit des Lombards », qui, selon lui, obéissant aux nécessités de leur conquête « ont exagéré, par une réaction violente, la rudesse de leurs institutions nationales » et tout particulièrement « de leur *mundium* perpétuel sur les femmes ». Nous y reviendrons d'ailleurs aux *13e et 14e* Cours.

(1) P. Gide, p. 221 et s., au chapitre sur la Scandinavie.

débutent par l'invocation formelle de quelques paroles des Livres saints, de celles qui recommandent l'aumône en vue des pénitences salutaires ou des récompences éternelles (1). Or peut-on mettre en doute, en de tels exemples, l'intime union de l'acte juridique et du précepte chrétien qui le domine et qui l'inspire? Eh bien! Rappelez-vous-le, quand j'aurai à vous montrer aussi, dans un grand nombre de formules ou de chartes de *libelli dotis*, l'invocation précise des textes saints sur lesquels l'acte matrimonial est formellement appuyé!

§ 3.

Restent les *Historiens*, dont beaucoup, en ces siècles qui suivent les invasions, n'ont écrit que des vies des Saints ou des récits de miracles, comme Grégoire de Tours en a lui-même composé plusieurs. Ces œuvres, exclusivement chrétiennes, n'étaient-elles pas alors l'un des principaux aliments de lecture? Elles nous fournissent çà et là quelques renseignements sur la coutume même, au milieu de tant d'autres sur la naïveté des mœurs et des croyances à cette époque.

Mais nous avons aussi quelques œuvres d'histoire plus générales, consacrées aux barbares et à leurs royaumes. *Jordanès* au milieu du VIe siècle avait écrit un livre sur l'origine des Goths « *De Getarum sive Gothorum origine et rebus gestis* », comme *Paul Diacre* en composera un autre au VIIIe siècle : « *De gestis Langobardorum* ». Nous n'avons rien de semblable sur les *Burgondes*. Mais il nous a été conservé, sur le royaume des Francs, l'œuvre de *Grégoire de Tours*, intitulée « *Historia ecclesiastica Francorum* ». Et c'est elle qui demeure le document le plus riche et le plus précieux pour toute l'époque voisine des invasions.

Grégoire de Tours (2) a écrit dans la seconde moitié du

(1) V. au recueil de Rozière, les prologues de ces donations.

(2) Né en 539, évêque de Tours de 573 à 591.

vi^e siècle. Son histoire s'arrête un peu avant 591, date de sa mort. Quoiqu'il ait consacré deux livres sur dix aux époques antérieures à son temps, c'est bien depuis l'époque de Clovis, dont il avait pu entendre parler par quelques vieillards, c'est surtout pour les événements nombreux, qu'il a suivis lui-même aux temps de *Frédégonde* et de *Brunehaut* (dans les divers royaumes des petits-fils de Clovis : *Sigebert*, *Gontran*, *Chilpéric*), qu'il est demeuré si précieux témoin et narrateur. — Je ne puis songer à m'étendre, à propos de lui, sur ses qualités et défauts d'historien. Il faut relire ce qui a été dit tant de fois à son sujet, mais surtout son livre lui-même, si plein de vie et de couleur. Je compte bien d'ailleurs vous en faire connaître quelques passages, parmi ceux qui pourront le mieux nous instruire sur les mœurs familiales et le droit privé de cette époque. Il y en aura plusieurs à détacher, comme se rapportant aux questions matrimoniales, et d'autant plus intéressants à observer que Grégoire de Tours a sans doute écrit un peu avant la rédaction des titres matrimoniaux de la *loi ripuaire*.

Mais pour l'heure, et en vue de notre but actuel, force nous est bien de remarquer encore une fois combien il est difficile de retrouver et de relever, dans Grégoire de Tours, ce qui pourrait être coutume purement germanique. Sans doute au point de vue des hommes, de leurs tempéraments, caractères ou certains traits de mœurs, on a pu tenter, grâce à lui, de démêler et de dépeindre le contraste des Barbares et des Romains. Et telle est bien la pensée des récits mérovingiens d'*Augustin Thierry* composés presque entièrement d'après l'évêque de Tours. Mais quant aux coutumes juridiques, notamment quant aux coutumes matrimoniales, il est bien malaisé le plus souvent de reconnaître et d'affirmer de quel côté viennent celles qu'il nous rapporte.

Constatons d'abord que nulle part, il ne parle nettement d'un droit double et distinct comme régissant barbares et

Romains. Ce principe de la personnalité des lois, que nous supposons si volontiers alors, comme principe général et d'application constante en toutes choses, il ne l'exprime pas plus que ne fera Marculf dans son formulaire. Il ferait croire plutôt, comme vue d'ensemble, à une coutume unique et commune. C'est seulement en tâtonnant ou par minutieuse analyse qu'il est possible de dire ici ou là : voici plutôt coutume barbare, ou droit romain (1). Et d'ailleurs, pour les individus même dont il nous raconte les affaires, les démêlés ou les aventures, pouvons-nous bien toujours discerner s'ils sont d'origine romaine ou germanique? Ne s'en rapporter qu'à la forme même des noms serait parfois trompeur. Les mariages d'ailleurs pouvaient unir les deux races. Et ne voyons-nous pas des personnages venus des deux côtés, sur le devant de la scène, dans cette société alors si mêlée jusqu'à la cour des rois Francs?

Grégoire de Tours est sans doute par lui-même de sentiment gallo-romain. Il l'a été par son origine et sa fonction de prêtre et d'évêque. Il inclinerait donc plutôt vers le rappel de traditions romaines, en tout ce qui n'est pas loi ou coutume nettement arrêtée. Il n'en est que plus malaisé de démêler à travers ses récits (qui ne sont pas d'ailleurs, œuvre de juriste), ce qui pourrait être affirmé comme coutume d'origine exclusivement germanique ou franque!

Enfin n'oublions pas que *Grégoire* écrit près d'un siècle après la victoire et la conversion de Clovis, en pleine époque de cette fusion des Gallo-Romains et des Francs, si bien secondée par l'action puissante de leur commune religion.

(1) Qu'on lise notamment la curieuse aventure matrimoniale d'*Andarchius*, voulant obtenir par ruse la fille d'*Ursus* (L. 4, n° 47); c'étaient là plutôt des Gallo-Romains, quoique tout l'ensemble du récit témoigne autant d'usages germaniques. — Tandis que dans l'histoire d'*Eulalius* et *Tetradia* (L. X, n° 8), on retrouve surtout, comme arrangements matrimoniaux d'intérêts, les traces du droit romain; mais aussi déjà quelle action de l'Eglise et des évêques, quant au mariage même!

Nul témoignage n'en existe plus vivant que son ouvrage même, qui nous montre le rôle si actif et si considérable des évêques en face des grands et des rois! On le voit d'ailleurs rempli d'un bout à l'autre d'affaires religieuses, de récits de prodiges ou de miracles, racontés parfois avec une crédulité extraordinaire. Mais, à côté de ce qu'il nous rapporte des luttes fratricides des rois Francs ou de quelques discordes locales, c'est bien l'intensité de la vie chrétienne qui se montre partout comme occupant et absorbant les âmes, tandis qu'il ne nous est jamais parlé des conflits de loi romaine et de loi barbare, que nulle mention n'y est faite de la loi salique et qu'une fois seulement nous y trouvons nommé le Code théodosien.

Comment dès lors ne pas reconnaître, en présence de ces documents, que tout le droit de cette époque est retombé à l'état de coutume locale pour cette population de races diverses, et qu'il entre en période de confusion mais aussi de formation nouvelle! Les éléments juridiques antérieurs, venus surtout de Rome, mais quelques-uns aussi des Germains, se décomposent, se mélangent et se transforment pour répondre à la situation nouvelle de ces royaumes dominés, pour le gouvernement et la politique par des barbares, mais ayant besoin, pour le courant des affaires civiles, de la masse des notions accumulées par le droit romain. Et le rôle des évêques, à côté des rois, nous dit assez que ces royaumes sont dirigés aussi par les règles et l'inspiration de la doctrine chrétienne, devenues communes à tous pour toutes les parties de la coutume qui dépendent si étroitement des sentiments, des croyances et des mœurs.

Je viens maintenant à *la conclusion* de tout cet inventaire, c'est qu'il est singulièrement difficile de discerner et de déclarer avec certitude ou précision suffisante, ce que les Germains, et parmi eux les Francs, ont pu vraiment apporter d'outre-Rhin comme éléments originaux pour les coutumes à venir. Oui, et plus difficile encore pour les cou-

tumes matrimoniales que pour bien d'autres (celles de succession ou de propriété, notamment), parce que la direction chrétienne, y ayant eu plus de prise, laisse plus de doute sur l'origine véritable ou principale de ce qui n'a pas été romain.

Toutefois il n'est pas impossible, en s'attachant à quelques signes précis, de démêler et de représenter certains traits, comme ayant pu être apportés par les Germains à l'état d'usages susceptibles de produire des coutumes juridiques. Ainsi, là où certaines lois barbares, certains actes, certains récits se rencontrent manifestement avec des indications de coutumes déjà données par Tacite, il est clair que nous tenons un précédent germanique incontestable. Cela est vrai du système des guerres privées et des compositions, des pratiques de solidarité familiale, de l'absence d'un vrai testament romain. Mais cela est vrai aussi du principe coutumier de la *dos ex marito*, comme plus essentielle au mariage que la dot romaine apportée par la femme.

Là encore où, malgré le silence de Tacite, nous observons une concordance à peu près complète entre la plupart des lois barbares, rédigées à la fois en Gaule et hors de Gaule, il est encore à présumer qu'il s'agit bien d'une coutume antérieure des Germains. Telle est l'exclusion des filles quant aux successions de la *terra*, si inconnue à Rome et si générale chez les barbares (quoique Tacite n'en ait rien dit)[1]; tel aussi l'usage du *morgengab*, ou encore de ce *pretium nuptiale*, qu'on voit mentionnés dans nombre de lois et de chartes.

Mais si nous n'avons plus au moins cette concordance, nous sommes en pleine hypothèse, et il me paraîtrait téméraire, souvent, d'affirmer telle ou telle coutume, ou dou-

(1) Gide (p. 206 et 207) a prétendu pourtant qu'il n'y avait pas là une coutume primitive des Germains parce qu'il ne voit affirmée, ni dans Tacite, ni en Scandinavie, cette exclusion des femmes. — Que d'incertitudes sur toute cette préhistoire, dont on se préoccupe bien trop aujourd'hui !

teuse, ou nouvelle, comme ayant dû préexister aux invasions, soit en général chez les Germains, soit en particulier chez les Francs. Téméraire notamment d'affirmer, comme coutume générale et déjà juridique, un *mundium*, familial sur toute femme, marital sur toute épouse, dont ni Tacite ni bon nombre de lois et formules barbares ne nous ont rien dit, — et non moins téméraire de prétendre que les Germains ou même les Francs, ont apporté d'Outre-Rhin leur donnée de la *terra aviatica* ou la notion de *collaboratio*, prélude de leur communauté.

Au surplus, je répète encore qu'il ne peut être relevé sur bien des points que certaines prédispositions naturelles ou certaines tendances de mœurs ou d'usages, bien plutôt que des coutumes véritables déjà articulées et sanctionnées à titre de droit. Et il importe grandement à mes yeux de distinguer et de séparer, en histoire, les deux notions de *mœurs* et de *droit,* si aisément confondues sous le nom de *coutumes*. C'est une idée sur laquelle nous aurons souvent à revenir et qu'en chaque occasion nous ne manquerons pas de préciser. Mais je suis bien amené à vous en dire un mot dès à présent sous forme d'aperçu général et rapide.

III

Lorsqu'on va, répétant sans cesse que les Germains sont venus en Gaule avec leurs coutumes, destinées sur tant de points à se substituer au système Romain, que veut-on faire entendre par coutumes apportées d'Outre-Rhin, et par cette substitution?

Ce terme de « *Coutumes* » peut compter parmi ceux qui ont le sens le plus large ou le plus fuyant; et sans cesse nous le voyons employé pour désigner toutes sortes d'habitudes de vivre ou d'agir. D'un peuple entier, mais aussi d'une province, d'une ville ou d'un village, de familles mêmes, ne dit-on pas couramment qu'on leur connaît telles coutumes : en l'entendant de leurs coutumes de se nourrir,

de se vêtir, de s'adonner à tels travaux ou distractions, comme on parlera de leurs coutumes religieuses ou civiles, et notamment de mariages ou de successions. Dans ce qu'ils appellent *Coutumes d'une contrée ou d'une époque*, voyageurs et géographes, historiens ou écrivains, rangent volontiers les usages de toutes sortes se rapportant à tous les modes de l'existence. Et l'on sait à combien de précédents variés, les Romains appliquaient leur invocation, si coutumière elle même, des pratiques de leurs ancêtres : *mores majorum*.

Quoique tout se tienne par certains côtés dans les usages d'une population, quoique l'ensemble de ses conditions et de ses habitudes d'existence ne soit pas sans agir fortement sur ses conceptions de droit, il est clair que la tradition germanique à rechercher et à relever, pour nous, ne peut viser qu'une certaine classe d'entre ces coutumes, celle qui a trait aux notions et aux pratiques usitées dans les sphères touchant au droit privé, donc ici, comme coutumes familiales et matrimoniales. C'est bien d'ailleurs, dans cette acception restreinte *d'usages juridiques*, que le mot de coutumes a pris un sens déterminé, presque technique, qu'il a gardé dans toute la suite de notre droit français [1].

Mais, rien qu'envisagé sous ce seul aspect, comme ce mot de *coutumes* reste toujours vague ! Et combien malaisé de distinguer parmi les pratiques et les règles de conduite, au sein d'une société jeune encore, ce qui forme vraiment *coutume juridique* ou ce qui n'est connu qu'à l'état de *mœurs et usages !*

Les mœurs, en effet, qu'est-ce autre chose qu'une discipline, communément reçue dans la vie sociale d'après le

(1) *Consuetudo pagi*, dans Marculf ; — *Coutume de Beauvaisis*, comme titre de l'admirable ouvrage de Beaumanoir au XIIIe siècle ; — *Rédaction des Coutumes* à partir de Charles VII... suffisent à nous rappeler cette tradition continue du mot *Coutume* avec la définition de Bouteiller : « *Coutume tenue et gardée notoirement, qui équipolle à la loi par l'approbation des anciens du pays* ».

génie propre d'une race ou d'une nation, reposant sur des traditions, gardée par un certain état de conscience populaire, soutenue par une force d'opinion qui en fait tout le joug; mais sans qu'il y ait d'autorité coercitive pour la faire obéir comme pour la dicter? — Or, ce n'est qu'à des règles tenues pour impératives et sanctionnées au besoin par contrainte effective et légitime, que nous pouvons, fût-ce au milieu d'une société naissante, reconnaître le caractère et la juste qualification de droit, même de loi non écrite ou autrement dit *coutume juridique*. Et c'est toujours à ce *criterium* décisif qu'il faut en revenir pour distinguer la simple injonction des mœurs, ou le commandement voulu et maintenu par le droit.

Coutumes ou pratiques de mœurs mais aussi *coutumes de droit*, voilà donc une distinction qu'il importe d'avoir toujours présente dans l'histoire des institutions, pour se garder de confusion et de malentendus. Et, si les règles du droit positif doivent bien sortir des mœurs, c'est toutefois pour n'émerger qu'en petit nombre, par un long et difficile travail, de cette masse indéterminée des mœurs et usages qui les entoure et peut les soutenir.

Comme, en vue de mieux faire ressortir ces notions exposées en hâte, nul sujet ne peut aussi bien fournir des exemples que l'histoire même du mariage, je puis tout de suite y rentrer et y recourir, pour tâcher de vous rendre plus familière cette distinction des coutumes de *mœurs* ou de *droit*, qui va être capitale dans nos développements ultérieurs sur les Germains.

A Rome, vous l'avez pu voir, nombre d'usages se rattachaient à la conclusion des *Justæ nuptiæ*. Et ceux-là se tromperaient fort qui, n'ayant lu que leurs livres de droit, s'imagineraient qu'au jour d'un mariage romain, tout se bornait à un accord sèchement et strictement convenu entre les pères et les jeunes gens, avec *datio* ou *dictio dotis*. Là était sans doute, pour l'union *sine manu*, le minimum

de notions et de règles, auquel s'était fixée la coutume juridique. Mais, dans l'usage, des fiançailles avaient précédé, avec les cadeaux du fiancé ; et nombre de fêtes et de cérémonies, tant religieuses, que familiales, s'accomplissaient encore jusqu'à l'heure où tout s'achevait par la *deductio in domum mariti*. Messaline elle même n'y avait pas manqué, quand elle épousa Silius en bravant Claude et Rome tout entière (1). Mais, ces coutumes, il faut les chercher dans ceux qui ont écrit sur les mœurs et la vie privée des Romains. Elles n'ont régné sans être d'obligation stricte, qu'en dehors et autour du droit.

Dans notre France du Moyen âge (nous le reverrons plus tard) après fiançailles ordinairement convenues et bénies, les époux ne manquaient guère de se rendre à l'Eglise pour y répéter l'échange solennel de leurs consentements devant leur curé et recevoir la bénédiction nuptiale. Et certes, au milieu de tant de fêtes ou réjouissances alors en usage, cette célébration était bien autre chose qu'une fête à leurs yeux, puisque leur foi la réclamait pour garder en paix leur conscience et pour sanctifier leur union. Il y avait donc là une *coutume religieuse*, et coutume même de grand précepte. Néanmoins ce n'était pas *coutume juridique*, puisque le droit canon lui-même, qui faisait loi en ces questions, ne considérait alors comme essentiel au sacrement de mariage, que le consentement de l'homme et de la femme à se prendre pour époux, voire sans présence du prêtre. Rien d'autre que les *verba de præsenti* n'étant de nécessité juridique pour la validité même du mariage, tout le reste n'était que coutume ressortant de la religion ou des mœurs.

Et de nos jours, vous n'auriez pas de peine à discerner, dans les usages matrimoniaux, ce qui est de précepte juridique comme formalités ou célébration, d'avec tout ce qui n'a de vie et de force que par les mœurs en dehors du droit. La célébration religieuse n'est-elle pas séparée de notre

(1) V. p. 144.

droit positif par cela même que « *la loi ne considère le mariage que comme contrat civil* »? Et pourtant quelle coutume imposante, maintenue par la seule vertu des croyances! Mais, dans nos coutumes de ville ou de campagne, combien de pratiques ou de fêtes, quelle série d'usages généraux ou locaux, autour des mariages! Et même, bagues de fiançailles, cadeaux ou corbeille de noces, anneaux de mariage, autant de coutumes sans doute, comme nous en allons rencontrer plus d'une chez les Germains; mais les comptons-nous comme coutumes de droit?

Si, nous attachant à ces idées, nous tenons pour notions bien distinctes, quoique voisines, ces deux catégories de coutumes, *de mœurs* ou *de droit*, n'allons-nous pas comprendre aussitôt que les Germains, lorsqu'ils entrèrent en Gaule, ne devaient connaître et n'ont pu apporter que bien peu de vraies *coutumes juridiques*? Ah! sans doute ils suivaient ordinairement, dans leurs mariages et leurs rapports de familles, quantité d'usages reçus dans leurs mœurs. Les peuples les plus jeunes ne sont pas les moins riches en variétés d'usages, et même de menus usages nuptiaux. Nous en verrons transparaître quelques-uns dans les lois ou formules saliques, destinés plus tard à s'effacer comme sans consistance. Mais, au milieu de ces usages, combien peu de règles dégagées à l'état de droit précis et sanctionné! — Car nous ne songerions même pas à rechercher alors et de ce côté, quelque ensemble de droit déjà construit. Et nous voulons parler seulement de coutumes qu'on puisse dire reconnues et imposées comme inéluctables, et réglant juridiquement les conditions et les effets de leurs mariages.

Eh! d'ailleurs s'ils en avaient eu de telles, comment s'expliquer qu'ils n'en aient pas relevé et fixé davantage dans ces rédactions officielles, destinées à recueillir et à consacrer leurs coutumes juridiques? La vraisemblance est donc qu'ils n'avaient encore, pour conclure leurs mariages ou régir les suites de l'union conjugale, que des notions et

usages communément suivis sans qu'une règle juridique s'en fût dégagée. Ainsi la discipline des mariages pouvait être forte au sein des familles, sans être autre chose que coutumes de mœurs, ignorant les étreintes du droit. Et Tacite l'a bien vu et observé chez les Germains, sauf à le tourner trop en éloge, quand il rapporte que parmi eux les mœurs en mariage valaient autant et mieux que des lois. Car tout son développement n'a-t-il pas été encadré entre ces deux traits significatifs : « *Nec ullam partem morum magis laudaveris...* » « *Et plus ibi boni mores valent quam alibi bonæ leges.* »

Oui, des mœurs et presque rien que des mœurs, mais peu de vraie coutume juridique : voilà le point de vue auquel nous devrons nous placer dans l'exposé de la tradition matrimoniale ou familiale des Germains. Mais ce n'est pas à dire qu'il faille tenir peu de compte de ces mœurs et usages de mœurs, pour toute la suite de notre droit français. Car cet état des mœurs germaines, s'introduisant et se poursuivant en Gaule, pouvait amener bientôt ces vainqueurs, établis dans leurs nouveaux royaumes à prendre mieux conscience du sens et de la valeur de leurs coutumes, comme de la nécessité d'en dégager certaines données juridiques pour les établir en face du droit romain. Le besoin de les fixer en droit, pour les maintenir, allait donc s'imposer; comme la pensée pouvait venir aussi de combiner certains de leurs usages ou certaines de leurs notions encore confuses, avec tant de matériaux juridiques et de principes romains dont il était bien impossible de se passer.

Observons bien seulement que c'était là, pour eux, *du droit à créer,* même en ce qui concerne la fixation de leurs usages les plus importants et les plus constants. Il fallait trier et sanctionner ce qui viendrait à faire loi écrite ou non écrite. On verrait donc peu juste, à mon sens, en se laissant aller à considérer les Germains, comme arrivant en Gaule avec une sorte de législation matrimoniale arrêtée et impérative, encore que coutumière, pour chaque peuple.

Erreur aussi de croire ou de s'imaginer qu'ils n'auraient eu qu'à les transcrire en latin, leurs prétendues coutumes juridiques du mariage, pour en faire une version facile et immédiate, à leur usage d'abord, et pouvoir ensuite les proposer ou les imposer aux Gallo-Romains.

Sans doute, pour ceux qui semblent penser ainsi, il devient plus simple de résoudre tant de problèmes sur les origines germaniques de notre droit matrimonial français, en la voyant s'implanter, cette coutume juridique des Germains, comme venue derrière l'armée des Francs ou des Burgondes et apportée dans leurs chariots. Mais convient-il d'oublier combien peu leur situation ressemblait, sous ce point de vue, à celle des Romains conquérant la Gaule avec César? Rome, triomphant des Gaulois, possédait depuis longtemps un appareil juridique, fait de législation, de doctrine et de vraies coutumes de droit, qu'elle pouvait imposer et même faire accepter aisément comme une construction supérieure. Mais les Germains n'avaient rien d'une telle organisation juridique, en présence des constructions romaines qui s'étaient encore consolidées et perfectionnées en Gaule, depuis cinq siècles. Ils n'apportaient guère que des sentiments nouveaux, des tendances, des usages, autrement dit des mœurs, mais non du droit véritable. Et ces mœurs, en dépit de leur victoire, pouvaient, comme leur langue, se ressentir de leur établissement au milieu des Gallo-Romains, bien plutôt que s'insinuer ou s'imposer par tout le pays, au point de se fixer en un droit nouveau venu comme de Germanie pour cette société toute entière.

Au moins fallait-il la dégager et la façonner, cette nouvelle législation coutumière, issue, dit-on, des mœurs germaines, avant de l'appliquer comme telle aux barbares, et de l'étendre aussi aux Romains! Ce n'était pas là chose simple ni aisée dans ce milieu tout imbu de droit romain et de sentiment chrétien. Or, nous venons déjà d'observer combien ces premières lois barbares rédigées, pour les

Wisigoths par Euric, pour les Burgondes par Gondebaud, avaient peu fait pour préciser et fixer une vraie coutume matrimoniale. Et bien moins encore, cette loi des Francs Saliens écrite peut-être sous Clovis. — Je vous ai dit aussi combien il est difficile, dans ces premières rédactions, de discerner les éléments purement germaniques, des éléments venus d'imitation romaine ou de direction chrétienne. Car il est peu d'auteurs qui n'en conviennent pour les Wisigoths et les Burgondes; et j'aurai à vous le montrer aussi dans les premiers développements du droit des Francs.

Dès lors, comment parler, en histoire du droit, d'un apport et d'un développement de coutume matrimoniale germanique, comme s'il s'agissait de quelque arbuste déjà formé et transplanté en Gaule pour devenir de lui-même notre bel arbre coutumier! Eh! ne serait-il pas plus juste, en cet apport de mœurs germaines, de voir seulement certains germes nouveaux et vivaces, destinés à se féconder en mélange avec d'autres, pour surgir en nouvelles et durables coutumes juridiques, dans cette terre fortement remuée et sous un ciel propice (1)?

Pour l'heure, je n'ai plus à revenir sur ce qui a été dit

(1) On pourrait être surpris de me voir ici parler des *coutumes juridiques* se formant et croissant d'elles-mêmes comme à la manière des plantes, alors que j'évoque si souvent l'idée de construction raisonnée pour rendre compte de l'établissement du droit. Sans cesse, en réfléchissant sur l'histoire du droit privé, il m'est arrivé de revenir à ces deux images, en oscillant tantôt de l'une à l'autre.— Lorsque, chez un peuple en état de civilisation, le développement du droit est conduit par la législation et par la science, c'est l'idée de construction méthodique qui m'apparaît surtout saisissante; comme il en fut à Rome pendant des siècles après les XII Tables. Tandis qu'avant cette ère de progrès, et tant que le droit se dégage à l'état de coutumes comme en notre Moyen âge, c'est l'idée de plantes vivaces, mais touffues et confuses, qu'on semble voir surgir spontanément d'un tel milieu, jusqu'à ce que la science s'en empare pour en faire des éléments de construction. Les comparaisons de ce genre ne sont jamais que des imaginations d'à peu près, destinées tout au plus à mieux résumer ou faire ressortir une pensée abstraite. Et je ne les donne que pour ce qu'elles valent.

au temps du Bas-Empire, et je ne saurai anticiper davantage sur ce qu'il faudra reprendre en notre Moyen âge, pour y mieux faire apercevoir cette influence et direction chrétienne qui a été, pour moi, la lumière propice dans toute notre coutume du mariage. Mais, du moins, retenons bien ceci (au moment où nous commençons le relevé de ce qu'on appelle Coutumes ou Traditions germaniques) que, sous cette dénomination de *coutumes*, vague par elle-même, *mœurs* ou *droit* demeurent notions distinctes, qu'il importe à chaque pas de bien observer desquelles il s'agit, et qu'un effort considérable de triage et d'organisation est nécessaire dans toute société, pour faire sortir des mœurs et usages une suite articulée de règlements vraiment juridiques. Les exemples ne nous manqueront pas, pour nous permettre de le mieux saisir et d'en tirer d'importantes conclusions, quand nous aurons pu voir nombre de pratiques germaniques demeurer stériles ou s'affaiblir, même comme usages, tandis que d'autres se retrouveront en vraies coutumes de droit, mais grâce à quel aide et pour quelles causes (1)!

(1) V. surtout ce qui sera dit sur la question du *mundium* familial ou marital, p. 330 et s., p. 402 et s., et dans l'*Appendice* sur la lettre de saint Augustin.

TREIZIÈME COURS

La famille en général, et ses coutumes chez les Germains.

C'est dans le cadre général de la famille qu'il convient d'envisager le mariage chez les Germains, comme déjà nous l'avons fait pour Rome en commençant par regarder à la *potestas*.

Or, un trait familial commun à Rome et à la Germanie c'est la constitution forte de cette famille, bien autrement puissante et active dans les sociétés d'alors qu'elle n'est et ne peut être de nos jours, où le rôle de l'État s'est tant accru. Mais, à part ce grand côté de ressemblance, la famille germanique au temps des invasions, et l'antique famille romaine des XII tables ont différé profondément. Il est même surprenant que Tacite, quoiqu'il l'ait entrevu, ne l'ait pas mieux approfondi et exprimé.

Tandis qu'à Rome, la famille semble avoir été conçue et construite suivant une donnée de monarchie domestique, ayant pour autorité supérieure et ressort principal la *patria potestas* de l'ancêtre sur les générations issues de lui (d'où sa base étroite mais toute sa force de cohésion et de discipline) : la famille, chez les Germains, nous apparaît sans construction systématique et comme formant un cercle naturel plus large, mais plus confus, qui englobe à la fois parents paternels et maternels. Dès lors y devait prévaloir comme force et autorité collective, au-dessus des ménages divers, l'ensemble des membres actifs, c'est-à-dire des hommes devenus majeurs et combattants.

Et, en effet, une première observation, et fondamentale, c'est qu'on ne trouve plus dans cette famille la puissance paternelle ni l'agnation, entendues comme à Rome. Gaïus nous a rapporté que les Romains étaient presque seuls à connaître leur *patria potestas*. Tacite ne signale rien de semblable en Germanie, quoiqu'il ait omis de déclarer nettement qu'elle était inconnue, comme il l'a si bien observé pour la dot et le testament. Dans les autres documents de la coutume barbare, cette *potestas* n'apparaît pas davantage, impliquant cette forte conception des descendants dominés et absorbés comme *alieni juris* par leur *pater*. Il y avait bien, sans doute, quelque pouvoir et quelque dépendance, reconnus dans l'intérieur de chaque maison; car il faut partout une autorité domestique, au moins sur les jeunes enfants. Et même, chez plusieurs de ces peuples barbares, il en existait sur les femmes. Mais cette autorité familiale, qu'on a pris l'habitude de désigner, pour tous Germains sous le nom de *Mundium* (1), nous apparaît plutôt conçue comme répondant à une notion de tutelle. Elle n'absorbait ni la personne ni le patrimoine de l'incapable, qui n'était pas traité en *alieni juris*. D'ailleurs elle finissait, au moins sur les enfants mâles, à l'âge de leur virilité; et on a lieu de croire qu'elle n'avait pas sensiblement plus de force et d'étendue, même entre les mains du père, que chez les parents plus proches, à son défaut. Elle était donc bien plus voisine des notions de puissance domestique de notre droit français coutumier ou moderne, que de la *potestas* romaine. — Aussi a-t-on pu déjà rattacher, à cet élément de tradition germanique, quelque principe ou prélude de notre pouvoir paternel français. Nous l'admettrons sans peine si, pour mieux comprendre qu'il ait pré-

(1) Nous l'emploierons aussi en ce sens, puisqu'il est en usage; mais en ayant soin de faire observer tout d'abord que ce terme *mundium* ne se rencontre dans aucune des lois barbares de Gaule, ni pour les femmes, ni même pour les enfants. Au sujet des enfants, les lois ne disent guère que *Tutela*. V. aussi p. 399.

valu en Gaule sur le système de la *potestas*, nous savons observer encore que le pouvoir domestique, ainsi conçu, semble par lui-même de conception plus naturelle, et qu'il s'est trouvé mieux en harmonie avec la doctrine chrétienne sur les devoirs réciproques des pères et des enfants. C'est là tout ce qui lui a valu de triompher.

Mais à défaut de la *potestas*, où donc était le trait capital des familles germaines, celui qui fait le mieux ressortir le caractère de leur constitution? On l'a depuis longtemps exprimé, en disant que la famille apparaît alors comme une sorte d'*association naturelle entre les parents*, association fortement nouée par la nécessité et par les mœurs, et impliquant nombre de devoirs et de droits réciproques, à titre de *solidarité familiale*.

Pour reprendre cette idée et mieux saisir d'abord l'importance de cette donnée d'association ou de solidarité familiale, il faut partir de cette observation, que la notion de l'État, c'est-à-dire d'un pouvoir public supérieur à tous et chargé de maintenir la sécurité et la justice, n'est encore que bien imparfaite au sein de ces peuplades d'outre-Rhin. Tout notre système d'une justice organisée, d'un droit criminel et civil consacré par la puissance publique, n'apparaît guère dans ces sociétés germaniques, où les guerres privées sont si fréquentes et où ceux qui ont à prononcer sur des litiges, notables et vieillards (1), ne connaissent encore que des coutumes inconsistantes, faites de sentiment populaire et de traditions flottantes jointes aux notions confuses de l'équité. Il est même à supposer, comme nous le reverrons, que la plupart des différends de famille restaient en dehors de l'action de ces premières justices publiques. Tacite d'ailleurs nous laisse assez entendre cet état de choses,

(1) « *In pace nullus communis est magistratus! Principes regionum atque pagorum inter suos jus dicunt, controversiasque minuunt* », dit César VI, n° 23. Et Tacite le confirme au n° 12.

malgré toute sa tendance romaine à parler parfois chez les Germains de *res publica* et de *civitas*. Et il s'en faudra que cette grande notion romaine de l'État soit maintenue dans les idées et dans les faits après les invasions babares, et pendant les premiers siècles de la monarchie franque.

Les familles, comme groupes naturels préexistant à la *cité*, avaient donc à se replier sur elles-mêmes et à se suffire pour repousser les attaques venues du dehors, pour réprimer leurs désordres intérieurs, pour assurer quelque protection aux incapables, comme aussi pour prendre souci des mariages par lesquels elles se perpétuaient. Moindre est l'État, plus forte et plus active est la famille qui doit sur bien des points en tenir lieu. Voilà pourquoi l'ensemble des parents, unis déjà par le sang, se trouvaient encore plus fortement groupés comme en association, naturelle d'ailleurs et nullement contractuelle. Car ce n'était pas là une organisation systématique et tournée en construction juridique, comme l'ont été de bonne heure la *potestas* et l'*agnatio* des Romains. Rien là non plus qui ressemble à nos associations modernes, concertées et réglées par chartes ou statuts. Il n'y faut voir que des groupements de nature, comme ont pu l'être les premiers groupements par *tribus* ou *villages*, mais ici d'autant plus naturels, qu'ils procédaient des communautés de sang, d'affection, d'habitudes, autant que du besoin de commune assistance. Aussi étaient-ce des règles de mœurs encore plus que de droit qui régissaient ces associations spontanées; et il sera difficile de démêler et de séparer ce qui est de mœurs ou de droit dans les anciennes données de cette pure coutume familiale.

II

Analysons pourtant ce qu'on peut entrevoir de ces données, comme inclinant déjà à former quelque coutume juridique.

Et d'abord *qui les composait* d'ordinaire, ces groupes de

famille tournés en associations familiales? Il faut répondre : *les parents unis à la fois par les liens du sang et du mariage.* — *Par le sang* (1); car il ne se voit pas de trace, aux coutumes barbares, de rien d'artificiel comme l'adoption romaine, pour recruter la famille. Nulle adoption proprement dite, même faite avec le concours des familles assemblées, ne semble avoir pu produire la parenté, comme à Rome. L'affatomie dont il sera question dans les lois franques est loin de ressembler à l'adoption romaine (2). — *Par les mariages;* car les enfants, nés autrement qu'en mariage, semblent exclus de toute parenté comptant dans l'organisation familiale. — Ainsi, par respect pour la juste observance du mariage et la vraie constitution de la famille, ils avaient déjà d'eux-mêmes cette rigoureuse coutume, ces barbares! Et le droit chrétien, tel que nous l'avons vu poindre au Bas-Empire, se rencontrera encore ici avec eux pour retomber d'autant plus lourdement au moyen âge sur les bâtards.

Mais toute parenté par mariage comptait dans les familles, et non pas l'*agnatio* seule comme à Rome. C'est le principe général de *cognatio* qui domine. « *Tam de patre quam de matre* » nous est redit formellement par la loi salique (3), qui tient compte aussi des deux parentés, dans les successions. Pour un Germain, les descendants de ses filles comme de ses fils, les enfants de ses sœurs aussi bien que de ses frères, formaient une large parenté développée et croisée par les mariages. Les cognats par la mère avaient même, dans les familles, une situation d'autant plus importante, qu'ils étaient chargés de protéger et de suppléer leur pa-

(1) *Nexum sanguinis,* dit très bien Tacite, n° 20.

(2) Elle n'est tout au plus qu'une institution d'héritier par acte entre-vif, pour qui n'a pas d'enfants. Telle elle nous apparaît dans les désignations faites deux fois par Gontran de son neveu Childebert II, comme héritier, qui nous ont été rapportées par Grégoire de Tours. — Telle aussi dans la formule 13 de Marculf (L. 2).

(3) Et à plusieurs reprises, aux Titres De *Chrenecrudâ*, de *Alodibus*, de *compositione homicidii*, et au 2e capit., n° 3.

rente dans ses droits maternels, après l'avoir au besoin défendue comme épouse. Nous avons dans plusieurs lois cette attestation du rôle assigné surtout au père et aux frères de la femme qui, jeune fille, avait été d'abord mariée par eux. Et Tacite n'a pas omis de remarquer ce sentiment des Germains, chez qui l'oncle maternel était respecté et honoré par ses neveux presque à l'égal du père lui-même (1). Quoi de plus naturel d'ailleurs que cette affection et cette vigilance de l'homme pour sa sœur et les enfants de sa sœur? Eh! n'est-ce pas lui encore, cet oncle maternel, dont nous faisons souvent aujourd'hui le subrogé tuteur des enfants, si la mort de la mère a fait ouvrir la tutelle?

Eh bien! De là s'est conservé dans nos mœurs et notre droit positif (au sujet des successions comme des conseils de famille) ce principe et cet usage de tenir compte de la parenté maternelle aussi bien que paternelle. Les Romains, après avoir systèmatiquement sacrifié la *cognatio* à l'*agnatio*, se rapprochaient péniblement, au Bas-Empire, des données naturelles. Les Germains s'y étaient portés d'emblée pour en faire le principe de leur lien de famille avec ses larges conséquences. L'avenir était ici de leur côté.

Toutefois une question s'élève. Jusqu'où s'étendait ce lien de parenté qui donnait ainsi l'attache dans un groupe familial? S'il n'avait pas existé de limites, tous, au bout de quelques générations, ne seraient-ils pas devenus parents solidaires dans une même tribu ou une même peuplade? Mais il a toujours été d'observation naturelle que les liens du sang et de l'affection s'affaiblissent et s'effacent rien qu'avec l'éloignement des degrés de la parenté. Les Germains le reconnaissaient aussi dans leurs coutumes, qui sans doute n'étaient pas d'abord bien précises, et ne furent

(1) Tacite, n° 20. « *Sororum filiis idem apud avunculum, qui apud patrem honor. Quidam sanctiorem arctioremque hunc nexum sanguinis arbitrantur et in accipiendis obsidibus magis exigunt, tanquam ii et animum firmius et domum latius teneant.* »

pas partout réglées de même quand, avec la rédaction de chaque loi, on sentit la nécessité de les fixer. Pour les *Lombards* on trouve la parenté étendue jusqu'au septième degré de parentéle (*geniculus*) [1]. Chez les *Thuringiens*, on n'ira que jusqu'à la cinquième génération. En Gaule, rien n'avait été dit chez les *Burgondes. Pour les Francs* c'est après le cinquième *geniculus* que la *Loi ripuaire* arrête la succession [2]; tandis que la *Loi salique* au sujet du *Reipus*, comptait jusqu'au sixième. — Resterait à dire, ce qu'il fallait entendre ainsi par *geniculus.* J'y reviendrai plus tard au sujet du mariage, et je vous montrerai mieux alors que les barbares avaient un mode de computation à eux, différent de l'usage romain, et qui a dû être pour beaucoup dans l'origine de la computation canonique. Ils ne semblent avoir compté les générations que d'un seul côté, jusqu'à l'auteur commun: père et mère étant souches d'une première parentèle, aïeuls d'une seconde, et ainsi de suite. *Geniculus* disait donc l'ensemble et le degré de toute une parentèle. Vous entrevoyez en quoi cet usage différait en ligne collatérale du système romain; et combien le cinquième, sixième, septième *geniculus* des barbares poussait plus loin dans cette parenté que le même degré énoncé à Rome. Le lignage ainsi compris, jusqu'à six ou sept générations ou parentèles, donnait des groupes considérables, puisqu'il pouvait comprendre au moins jusqu'à des cousins de notre quatorzième degré et qu'on ,peut concevoir aisément jusqu'à des cousins du vingtième. Dans cette race féconde, et pour peu que le grand nombre des parents restât aux mêmes cantonnements, quels puissants groupes de famille! Aussi ne faut-il pas s'étonner que certains effets de solidarité familiale se concentraient d'ordinaire sur les plus proches d'entre ces parents. *Propinqui*, qui *proximiores sunt,* voilà

(1) *Rotharis*, n° 153. « *Omnis parentilla usque in septimum geniculum numeretur, ut parens parenti per gradum et parentillam heres succedat* ».

(2) L. Rip. *De Alodibus :* n° 3 « *Deinceps usquè quintum geniculum qui proximus fuerit in hereditatem succedat* ».

des expressions qui reviennent sans cesse, notamment dans la loi salique (1).

Mais une autre difficulté surgit aussitôt; celle-ci plus malaisée à résoudre. Avec la notion des doubles parentés (paternelle et maternelle), ne devait-il pas arriver souvent qu'on fût partagé ou tiraillé entre divers groupes de famille? Prenons un exemple. Deux frères se sont mariés chacun de leur côté. Sans doute leurs enfants sont toujours, avec eux, du groupe familial originaire par l'aïeul commun dont tous descendent; mais par leurs mères, les enfants de ces deux mariages se rattacheront aussi à d'autres groupes de parentés. Dans quels groupes devaient-ils compter et agir comme parents? — La réponse est sans doute qu'ils comptaient et agissaient à la fois, tant qu'il était possible, dans ces divers groupes; comme nous voyons bien encore aujourd'hui, que nous pouvons être appelés, ou à des conseils de famille différents, ou à des successions diverses, toujours comme parents, mais tantôt paternels et tantôt maternels. N'est-il pas dans nos usages aussi, d'entretenir les bonnes relations familiales des deux parts? Et lorqu'il arrive encore, dans nos campagnes surtout, que tel événement de famille (mariage ou décès), rassemble en une réunion nombreuse tous les cousinages, ne voyons-nous pas assemblées, autour de ces grandes tables, les doubles parentés, avant de retrouver ensuite les plus proches chez le juge de paix ou le notaire, et là chacun dans son rôle de parent paternel ou maternel. Eh bien! il en devait être de même chez les Francs où l'on était convié aux actes de famille : *tam de patre quam matre*. Plus nombreux alors, et souvent plus graves étaient les droits et devoirs réciproques, et par suite, les occasions d'intervenir en action ou en assemblée de parents. Mais telle était déjà l'idée et le système, que nous pratiquons encore.

Il est un cas, pourtant, qui pouvait ne pas être rare et qui

(1) V. aux titres cités, p. 340.

devait être source de grands embarras; c'est lorsqu'une grave discorde, suivie de guerre familiale, s'élevait entre des personnes ou des maisons pouvant connaître des parentés communes. Quelle était la situation de l'homme qui comptait des parents paternels ou maternels dans les deux partis opposés d'adversaires ou de combattants? Même aujourd'hui, avec l'affaiblissement visible des liens de famille jusque dans nos mœurs, ce sont là des cas toujours bien gênants que ces brouilles dans une parenté. Mais qu'advenait-il, chez les Germains, avec tant de notions et de devoirs stricts de solidarité familiale, commandant de s'unir, de se protéger, de se venger mutuellement? Les documents nous manquent au point de vue de la coutume juridique, tandis qu'ils abondent (rien que dans Grégoire de Tours) pour nous montrer de fréquentes discordes de familles chez les Francs, et tant de luttes fratricides entre leurs rois même. Le bon roi *Gontran* n'a-t-il pas été sans cesse tiraillé entre ses deux frères, Sigebert et Chilpéric, mariés l'un à Brunehaut, l'autre à Frédégonde, et poussés chacun par leurs femmes après le meurtre de Galshuinte, sœur de Brunehaut. Même, pour de moins haut placés, il fallait bien choisir alors entre les deux partis, quand quelque arbitrage de famille, si utile d'abord, n'avait pu prévenir ou apaiser les différends. Je ne puis en dire davantage; mais qu'il nous suffise d'avoir entrevu, combien cette coutume familiale devait entraîner de difficultés et de confusion, à raison de ce croisement des familles s'ajoutant à l'insuffisance de l'État (1).

Peut-être y trouverons-nous d'ailleurs l'explication d'un autre point consacré comme un vieil usage des Francs, celui de la *renonciation solennelle au lien familial*, qui à première vue semble singulier.

(1) Rome, avec la *potestas*, l'*agnatio* et la *gens*, avait un système de parenté, bien moins naturel sans doute, mais combien plus net et rigide!

Si toute parenté légitime comptait dans les familles pour en prétendre les droits et en assumer les devoirs, il résulte d'un texte formel de la *Loi salique,* que ce lien pouvait se dénouer. Non pas qu'il fut possible d'effacer la parenté elle-même, comme tenant au sang. Mais nous voyons clairement, chez les Francs, qu'il était loisible de rompre toute solidarité familiale. Eh! comment? Rien d'abord ne s'observe qui ressemble à une émancipation ou exclusion voulue et dictée par le père, comme chez les Romains. On pourrait conjecturer que toute une assemblée des parents aurait eu le pouvoir d'exclure quelqu'un des siens comme indigne; aucun texte pourtant ne le dit. Ce que nous montre la loi salique, c'est l'acte volontaire d'un parent se séparant de son lignage par renonciation ou rupture solennelle, pour échapper à la solidarité familiale. Or, quelle pouvait être la raison d'une telle répudiation? Un coup de tête, effet de colère ou de jalousie, pour rompre avec tous les siens et demeurer sans famille : est-ce vraisemblable? Une abdication pour émigrer au loin : à quoi bon? — Eh! ne voit-on pas au contraire que, dans les cas de grave discorde familiale, il pouvait venir à la pensée de se détacher de tout un côté de famille comme pour se ranger dans un autre camp, bref, pour se faire une position plus nette et plus dégagée au milieu de ces groupements divers. Et cela pouvait être fréquent, sans être déraisonnable. — Mais un acte aussi grave ne pouvait s'accomplir que par déclaration publique, accompagnée de formes et de paroles saisissantes. Le titre 60 de la loi nous en a conservé l'essence même, sous cette rubrique : « *De eo qui se de parentillâ tollere vult.* Et ce titre va être maintenant notre guide le plus sûr pour dégager les effets de cette ancienne idée d'association familiale, soit en vue du dehors, soit en vue de la constitution intérieure du groupe des parents, quand il formule ainsi l'ancien usage : « *In mallo... dicere debet quod dejuramento et de hereditate, et tota ratione illorum se tollat. — Et si postea aliquis de suis parentibus aut occidatur aut*

moriatur, nulla ad eum nec hereditas nec compositio pertineat. Sed hereditatem ipsius fiscus adquirat ».

— ***Au dehors,*** c'est-à-dire vis-à-vis de tous individus ou groupes étrangers, les familles nous apparaissent comme associations, comptant pour telles dans la société au point de vue des œuvres de paix ou de guerre.

C'est entre les familles que les terres étaient partagées pour ce mode de jouissance annuelle que les Germains connaissaient, seul encore, au temps de César et de Tacite (1). C'est aussi groupés par familles, au dire de Tacite (2), qu'ils marchaient au combat. Il y avait, de plus, toute une série de conséquences répondant à cette idée que la famille avait à se protéger elle-même ou chacun de ses membres. Ainsi : 1° devoir de défense commune et à main armée au cas d'attaque des uns ou des autres; 2° devoir et droit de vengeance privée au cas d'attentat contre un parent, avec participation au *Wergeld* ou composition ainsi obtenue (3). Les lois Salique et Ripuaire sont toutes remplies de cette coutume des *compositions* déjà indiquée par Tacite « *satisfactionem recipit universa domus* » ; 3° La solidarité familiale donnait d'ailleurs la faculté de s'en prendre aux parents de l'offenseur ou des agresseurs pour obtenir vengeance ou poursuivre les différends, comme elle exposait à de justes retours. Ainsi les guerres privées, à titre de guerres familiales, en dérivaient comme une véritable coutume qui avait déjà peut-être, qui aura plus tard son règlement à travers tout notre moyen âge jusqu'au XIIIe siècle (4) ; 4° Enfin, devant la justice ou *in mallo,* pour

(1) César : VI, n° 22 : « *in annos singulos gentibus cognationibusque hominum, qui unà coierunt, quantum et quo loco visum est agri attribuunt.* »

(2) *Non casus, nec fortuita conglobatio turmam aut cuneum facit, sed familiae et propinquitates* (n° 7), avec toute la suite du passage qui les montre accompagnés, dans les expéditions et les combats, de leurs femmes et de leurs enfants.

(3) L. Salique, T. 62.

(4) Tacite, n° 21 : « *Suscipere tam inimicitias seu patris seu propinqui*

toute affaire ou litige, c'était encore aux parents qu'il était demandé le plus souvent de servir de *cojureurs*, pour défendre l'un d'entre eux par le serment collectif, qui était l'une des grandes preuves d'alors (1). N'étaient-ce pas aussi des parents qui, de préférence, servaient de représentants en justice ou même de champions, dans les combats judiciaires déjà pratiqués et mentionnés dans certaines lois barbares, notamment celle des Burgondes (2). Car il ne faut pas oublier, pour comprendre toute cette grande coutume de mutualité familiale, les usages encore grossiers et primitifs, mais bien naturels, dont se composait alors ce que nous appelons droit pénal et procédure. — Donc *association de protection* avec notion bien accusée de *solidarité morale et juridique*, voilà pour la famille tournée vers le dehors (3).

— *Au dedans de chaque groupe familial*, d'autres signes et d'autres effets d'association sont à relever.

Il y avait d'abord pour entretenir les liens de famille, des réunions fréquentes, des repas surtout, signalés par

quam amicitias necesse est; nec implacabiles durant. Luitur enim, etiam homicidium certo armentorum ac pecorum numero, recipitque satisfactionem universa domus. — Et comparer pour le fond de cette coutume de solidarité tout le chapitre 59 de *Beaumanoir* sur les *Guerres privées*.

(1) V. notamment les premiers titres de la Loi Ripuaire, qui, suivant la gravité des accusations, multiplie si nettement le nombre des *cojureurs* nécessaires pour s'en défendre, ou le *quantum des compositions* exigées pour s'en acquitter.

(2) V. à cet égard surtout le T. 45 de la *loi Gombette*, qui tend à corriger certains abus du serment en justice par la faculté reconnue du combat judiciaire. C'est l'usage autorisé par cette constitution datant de 502, qui donnera lieu plus tard à la véhémente protestation de l'Evêque *Agobard*, adressée à Louis le Débonnaire, « *adversus legem Gundobaldam* ».

(3) Le titre de *Chrenecrudâ* de la loi Salique montre une autre application non moins remarquable de cette donnée de solidarité, en décrivant la situation d'un débiteur insolvable, à la suite d'un meurtre, qui peut faire appel à ses proches pour être aidé par eux à se racheter, et ainsi éviter la mort.

Tacite. Sans doute de tels usages ressortent des mœurs plutôt que du droit. Mais Tacite ajoute que c'était là, dans ces banquets, qu'ils traitaient leurs affaires en conseil : « *plerumque in conviviis consultant* » (*n° 22*). D'autres assemblées nous sont indiquées pour les grands événements qui devaient intéresser la famille entière, tels que les mariages, ou la déclaration de majorité du jeune homme. La famille s'assemblait encore pour la répression de graves désordres qui pouvaient tendre à la troubler ou la déchirer, comme l'adultère de la femme châtiée et chassée par le mari « *coram propinquis.* » Mais il appartenait aussi aux parents d'intervenir dans les discordes intérieures où leur devoir semblait être d'amener l'apaisement, sinon, de soutenir la faiblesse et le bon droit. Et c'est ainsi qu'il convenait aux parents de la femme de prendre sa défense, quand elle était maltraitée, indignement trompée par son mari, ou accusée injustement soit par lui soit par ses héritiers. Plusieurs lois barbares prévoient cette intervention comme légitime, notamment celle des Lombards (1). Et les exemples ne manquent pas dans Grégoire de Tours pour la Gaule et le royaume des Francs.

Il semblerait même résulter de ces documents trop incomplets, que les juridictions publiques n'avaient rien à voir dans les difficultés ou discordes intérieures des familles. C'était à celles-ci de les résoudre ou de les trancher par l'action des plus proches ou par assemblée générale des parents. Et sûrement il leur appartenait du moins de le faire comme par voie ou ressort ordinaire. Il serait bien difficile de comprendre et d'expliquer autrement plusieurs récits que nous retrouverons dans Grégoire de Tours (2).

(1) *Rotharis*, n° 202 « *Si illa negaverit, liceat parentibus eam purificare, aut per sacramentum, aut per campionem, id est per pugnam.* — V. aussi la L. des Thuringiens T. XIV.

(2) V. notamment les L. V, n° 33 et L. X, n° 27. — La solidarité familiale ainsi que les violences et troubles qui en résultaient, comme effets de vengeance privée, tiennent une grande place dans les récits de Grégoire

La direction et la protection des faibles et des incapables, voilà encore un rôle réservé à la famille, qui sans doute incombait aux plus proches, mais sous le contrôle de la parenté entière. La loi des Saxons le montre bien d'un mot quand, prévoyant l'inaction ou le refus de celui qui sert de tuteur, elle prononce : « *Si tutor abnuerit, convertat se ad proximos ejus*... A défaut de texte dans les lois des Francs, on pourrait trouver dans leur histoire des exemples concordants. Le *mundeburdium* ou mainbournie royale ne se rencontrait que subsidiairement. Et nul doute que, dans ces questions de tutelle, la famille prédominait alors, gardant comme groupe son autonomie presque entière dans la sphère domestique. Nous l'allons voir d'ailleurs tout spécialement au sujet des femmes et de leurs mariages.

II

Mais, par la force des choses, tous ne pouvaient avoir même situation et même rôle dans le groupe familial.

de Tours. C'était aussi une conséquence de l'anarchie d'alors ; et les luttes entre familles, l'appel et l'intervention des parents ne semblent pas connus des seuls Barbares, mais pratiqués aussi par des Gallo-Romains. Le plus saisissant récit, à cet égard, est celui de la discorde qui s'éleva entre Sichaire et Austregisil, remplacé après sa mort par Chramnisind. — Ceux-là étaient sans doute des vrais Francs, et citoyens de Tours même (*L. VII, n° 47 et L. X, n° 19*). Il faut lire la première réconciliation puis la rupture des deux chefs de guerre privée, pour se rendre compte d'un tel état des sentiments et des mœurs. Dans un souper et après boire, Sichaire plaisante Chramnisind : « Tu me dois des actions de grâces, ô mon doux frère, pour avoir tué tes parents, ce qui t'a valu une forte composition qui a singulièrement rétabli tes affaires. » Et l'autre de se dire aussitôt : « Si je ne venge pas la mort de mes parents, je mérite de perdre le nom d'homme et d'être traité comme une faible femme » ; puis d'éteindre les lumières, de poignarder Sichaire et la guerre recommence entre les parents. — Dans ces deux passages qu'on observe en outre les témoignages frappants de l'insuffisance des justices publiques, l'importance des recommandations royales (*sub verbo Brunechildis*), et l'intervention si utile de l'évêque allant, pour rétablir la paix, jusqu'à fournir l'argent de la composition.

Quels étaient donc ses membres actifs ou principaux, quels les membres incapables ou subordonnés?

Un point semble avéré : c'est qu'il n'y avait pas de chef unique, à titre d'ancêtre commun, dominant sur tout un groupe de parents et de ménages divers. Les hommes venus à l'âge viril, et publiquement reconnus majeurs, semblent avoir dû compter comme membres actifs et comme têtes distinctes dans les assemblées de famille et pour les devoirs de parenté. Nulle autre hiérarchie n'apparaît. Dans ces réunions, quand elles avaient lieu, la force ou l'autorité était collective. N'est-ce pas là ce qui résulte des indications données par Tacite, quand il observe : « *De reconciliandis invicem inimicis et jungendis affinitatibus... plerumque in conviviis consultant* ». Et, pour marquer ceux qui pouvaient y prendre part, ne vient-il pas de dire quelques lignes plus haut « *Tunc ad negotia, nec minus sæpé ad convivia, procedunt armati* » (1). Or, la prise des armes, c'était la majorité du Germain reconnue dans la famille et dans la cité ; et c'était si bien le signe de la pleine capacité civile, que Tacite a relevé ce trait décisif « *Nihil autem neque publicæ neque privatæ rei, nisi armati agunt* » (2). C'est bien à tous les hommes d'une maison, et non seulement à l'ascendant qui est leur auteur,que s'appliquent de telles observations.

Mais, à côté des hommes majeurs qui figuraient ainsi dans les assemblées et les interventions de famille comme les membres principaux de l'association, tant pour l'action que pour le conseil, — il restait des têtes nombreuses, comptant parmi les parents, et n'y pouvant prétendre un tel rôle? C'étaient *les enfants et les femmes*. Que peut-on démêler alors de leur situation de fait et de leur condition de droit?

Les *enfants* étaient traités en incapables, ainsi que le veut partout leur nature même, tant qu'ils n'ont pu ac-

(1) Tacite, n° 22.
(2) T. n° 13.

quérir l'intelligence et la force nécessaire pour se défendre et se gouverner. C'est là ce qu'on exprime pour les Germains, en disant que les enfants étaient sous le *mundium* de leur père ou de leurs plus proches. Mais, avant les invasions, surtout dans une vie simple et agreste comme était celle des Germains ignorant la propriété foncière et peu embarrassés ou préoccupés des questions de fortune, le point de vue romain et moderne d'une *gestion d'intérêts* à conduire pour le compte des enfants, ne pouvait avoir autant d'importance et se traduire en institutions de tutelle aussi nettement caractérisées. Au contraire il est un autre point de vue, bien naturel aussi, mais agrandi par leur état social, qui devait surtout leur apparaître : celui de *garde et de protection*, pour élever ces enfants peu à peu en vue de l'âge viril ou nubile. Il en résultait, pour celui qui exerçait ce *mundium*, un rôle assez différent de celui de nos tuteurs. Et il en résultait aussi pour les enfants mâles, qu'ils demeuraient *sub mundio* jusqu'au temps venu pour les admettre à prendre les armes. — Quand ils y ont été reçus, avec une solemnité notée par Tacite[1], leur infériorité cesse. Ils sont devenus pleinement capables et participent aux assemblées de la famille comme à ses exploits. Cet âge n'avait pas besoin d'être longuement retardé, sans doute, parmi ces races rustiques et vigoureuses. On voit seulement qu'après les invasions, et quand déjà quelque souci de la gestion des intérêts se fait sentir, les lois barbares ont varié dans leurs fixations d'âge. Les lois lombardes ont fini par marquer à dix-huit ans la pleine capacité (*Luitprand, n° 19*). La loi salique semblait n'avoir rien dit. La loi ripuaire (*Ch. 81*) s'est arrêtée à l'âge de quinze ans, même pour la capacité d'agir valablement en justice[2]. C'est

(1) N° 13 : *Sed arma sumere non antè cuiquam moris quam civitas suffecturum probaverit. Tum in ipso concilio, vel principum aliquis, vel pater vel propinquus scuto frameaque juvenem ornant. Hæc apud illos toga, hic primus juventæ honos ; ante hoc domûs pars videntur, mox reipublicæ.*

(2) *Si quis... filium reliquerit, usque 15 annum plenum nec causam pro-*

bien l'usage qui fut suivi pour déclarer la majorité de Childebert II, que Gontran proclame et traite, lors de sa quinzième année, en roi capable de gouverner son royaume.

Mais la *situation et la condition des femmes!* — Nulle question spéciale ne se pose à leur sujet jusqu'à l'âge nubile. Elles demeurent aussi, comme enfants, placées en puissance domestique. Mais, une fois nubile, la jeune fille devenait-elle pleinement capable et maîtresse de ses droits, comme le semble si bien dire la loi Ripuaire : « *similiter et filia* » (*Ch. 81*) (1). — C'est ici que s'élève une grave question d'histoire qu'il faut seulement d'abord bien préciser, celle de l'existence si souvent affirmée d'un *mundium perpétuel* sur les femmes germaines, donné comme *coutume juridique*.

Nous ne mettrons pas en doute que, même en admettant leur capacité civile, les femmes ne pouvaient avoir, dans la société et la famille germaniques, toute la situation faite aux hommes. Ce n'était pas à elles de vivre et de se réunir constamment armées; et sûrement elles ne combattaient pas comme les hommes, encore que Tacite nous les ait montrées, accompagnant ou suivant leurs fils et leurs maris dans les batailles, mais pour les encourager de leur présence et de leurs cris, sans manquer à leur mission naturelle de porter ou d'allaiter leurs enfants. Ni dans les expéditions ou migrations d'aventures, ni dans les guerres familiales, ni dans l'exercice des vengeances privées, ni pour le serment en justice ou pour les assemblées de famille, leur rôle ne pouvait donc être celui des hommes. Et, pour les périodes de vie sédentaire, Tacite nous signale bien encore que c'était leur affaire de garder la maison, parfois même de travailler aux champs (2). Aussi la vie publi-

sequatur, nec in judicium interpellatus responsum reddat; 15 autem anno aut ipse respondeat, aut defensorem eligat. Similiter et filia.

(1) V. aussi la note insérée plus loin (p. 336) sur la *Lex Bajuvariorum.*

(2) N° 15. — *Quoties bella non ineunt, dediti somno ciboque... delegatâ*

que, telle qu'elle pouvait s'entendre en Germanie, n'était pas plus leur sphère qu'à Rome, ou dans notre ancienne France, et encore de nos jours. Bien plus, il est visible que, dans un tel état social, elles avaient besoin maintes fois d'une protection spéciale pour être défendues, vengées au besoin par la force et les armes, comme il fallait aussi que, jeunes filles et déjà nubiles, elles fussent gardées jusqu'au mariage et dirigées pour ce mariage même. Car n'oublions point que, tout en faisant la part des changements de cadre et de milieu, on ne doit pas manquer de tenir compte, en histoire, de ce fonds permanent de la nature humaine qui se retrouve toujours.

Ainsi, les femmes avaient dans la société et dans la famille une condition différente, certainement inférieure à celle des hommes, moindre même qu'elle ne peut être de nos jours, plus dépendante aussi que dans la Rome classique, du moins à certains points de vue. Toujours à raison de ce que l'État n'était pas encore organisé pour une protection générale des plus faibles d'âge ou de nature, les femmes avaient plus à réclamer ou à attendre des hommes de leurs familles, mais par là même aussi à en dépendre davantage. Mais faut-il aller au delà, jusqu'à reconnaître que les femmes (suivant une coutume générale attribuée aux Germains) étaient partout sous un *mundium* perpétuel, et encore au temps des invasions? — C'est là une opinion très répandue. Beaucoup ne cessent d'affirmer que ce *mundium* perpétuel, appartenant d'abord au père ou au plus proche pour passer ensuite au mari, formait l'une des coutumes les plus certaines et les mieux caractérisées parmi toutes les populations germaniques; et qu'il impliquait pouvoir de tenir rigoureusement en garde et dépendance les femmes et leurs biens mais sauf obligation de les défendre. — Pour établir l'existence de ce *mun-*

domus et penatium et agrorum curâ feminis senibusque et infirmisso cuique ex familia, ipsi hebent.

dium, comme ayant dû former une véritable institution de droit, commune à tous les Germains, voici surtout ce qu'ils exposent :

1° Le *mundium* perpétuel sur toute femme apparaît nettement affirmé et organisé dans les lois des Lombards(1) ;

2° Il est supposé et tout au moins mentionné sur les filles, voire même sur les veuves, dans la loi des Saxons.

On croit le voir aussi chez les Alamans et peut-être encore chez les Frisons et les Thuringiens, mais sous le nom de tutelle.

3° Il est demeuré, sous certaines restrictions, une coutume générale de la Scandinavie comme il apparaît dans ses documents du moyen âge et même en certains pays, jusqu'à notre siècle.

Donc ce *mundium* se reconnaît dans les coutumes les plus profondément germaniques, comme ayant dû être leur coutume générale et primitive. On tient dès lors pour vraisemblable qu'il existait encore ou qu'il avait dû exister partout, même chez les peuples Germains dont les lois n'en disent rien.

Et pour corroborer, en l'élargissant, cette grande hypothèse, on ajoute qu'à Rome, d'ailleurs, les femmes ont bien été jadis en tutelle perpétuelle. Gaïus ne parle-t-il pas aussi de quelque chose d'approchant chez les Bithyniens? On trouverait bien quelques analogies plus lointaines dans Homère. Eh! n'en faut-il pas conclure qu'il y a eu là quelque coutume générale et primitive de l'humanité, qui a dû être connue de même chez les Germains?

Coutume primitive et générale de l'humanité! Je ne ferai point porter la discussion si loin ni si haut. Les données manquent pour ces généralisations si hardies et si absolues. Il faudrait d'ailleurs, avant d'agiter une telle question en histoire encyclopédique du droit, se fixer et s'entendre sur ce qu'on appellerait tutelle et *mundium* perpétuels, à titre de

(1) V. le texte, p. 399.

coutumes juridiques. Nous le savons pour Rome, où il y a eu vraiment coutume juridique; mais ailleurs, ce n'est souvent qu'une idée vague d'infériorité ou dépendance de la femme, sans démonstration d'une vraie tutelle organisée en droit.

Or notre question ne plane pas sur de telles étendues. Notre question précise est de savoir si, à *l'époque même des invasions*, les peuples germains dans leur ensemble, et tout spécialement nos *Germains passés en Gaule* avaient, dans leur usage familial, une *Coutume* vraiment *juridique* de *mundium* perpétuel. Car s'ils ne montrent alors rien de tel, si même ils n'avaient eu à cet égard que quelque usage primitif ou préhistorique, mais disparu, quel élément de tradition germanique serait-il possible d'y reconnaître pour la suite de notre droit français?

Eh bien ! je tiens pour démontré que nos ancêtres Germains (*ceux qui sont venus en Gaule*) n'y ont pas apporté cette coutume juridique d'un *mundium* familial et perpétuel sur la femme; et j'en dirai autant bientôt pour leur prétendu *mundium* marital, ce qui est pourtant plus discutable. Et voici comment se forme ma conviction.

1° J'observe d'abord qu'aucune des lois *wisigothe*, *burgonde* ou *franque*, ne nous a parlé de ce *mundium* permanent. — Ni le mot, ni la chose, ne se rencontrent à titre de coutume articulée, voire même impliquée, dans ces lois.

2° La *loi Burgonde* d'ailleurs et la loi *des Wisigoths* donnent formellement à la mère le premier rang dans la tutelle de ses enfants quand le père n'est plus. Comment donc aurait-on pu comprendre cette tutelle de la mère, si elle avait été elle-même *in mundio* (1)?

3° *Les lois franques*, ne disant rien des tutelles, ne parlent pas non plus de celle de la mère. Mais n'apparaît-il pas bien dans Grégoire de Tours que Brunehaut et Fredégonde étaient les vraies tutrices de leurs fils Childebert II

(1) Voyez à Rome ou chez les Lombards. La mère, étant comme femme *in tutelâ* ou *sub mundio*, n'y pouvait être tutrice.

et Clotaire II ? — Et d'ailleurs j'ai déjà rappelé que la loi Ripuaire (*ch. 81*) déclare la fille majeure et capable à quinze ans aussi bien que le fils. Donc elle n'était pas en tutelle perpétuelle ; et nous ne verrions pas trace davantage d'un *mundium* ou d'une tutelle sur les femmes, dans les chartes et formules franques.

Eh ! oui, sans doute, les *Lombards* connaissaient ce *mundium* perpétuel. Leur loi l'organise, en déclarant nettement que c'est « pour les Lombards (1) ». Et on ensuit l'application très précise dans les formules ou dans les actes spéciaux à cette nation. Mais qu'est-ce que cela prouve ? Que c'était un usage et même une vraie coutume juridique des *Lombards,* sans doute aussi des *Saxons,* et même des *Scandinaves.* Mais pourquoi les *Francs* et *Burgondes,* qui ont rédigé leurs lois cent cinquante ans avant, et en face des Gallo-Romains, ne l'auraient-ils pas marquée aussi, cette coutume, s'ils l'avaient admise? Or on n'y trouve rien de semblable. Comment donc conclure des Lombards et des Saxons que c'était une coutume générale et universelle des Germains, quand la Germanie était si grande et ses peuplades si dispersées? Ces Germains-là, comme les Scandinaves, étaient surtout ceux des régions de l'Elbe et du Nord. Pourquoi leur coutume aurait-elle été celle des Germains établis sur les rives du Rhin ou du Danube?

4° Et remarquez enfin que Tacite ne nous dit rien, nulle part, d'un *mundium* ou d'une tutelle perpétuelle sur les femmes. Il l'eut observé sans doute, si cette coutume avait existé, rien que pour la rappeler aux dames romaines de son temps. Mais Tacite a connu surtout les Germains placés sur les confins de l'Empire romain ; (je crois du moins qu'on peut hasarder cette modeste conjecture). Or ils n'avaient nulle organisation ni apparence de ce *mundium ;* et c'est pourquoi il n'en a rien dit, comme nous ne le re-

(1) V. les textes rapportés au sujet de la discussion sur le *mundium marital*, complément nécessaire de cette première discussion, p. 397 et s.

trouvons pas davantage dans les lois et coutumes de nos barbares établis en Gaule.

Ainsi donc nulle incapacité générale et nulle vraie tutelle familiale des femmes, sous le nom de *mundium*, dans notre tradition germanique des Gaules : voici ma conclusion.

C'est d'ailleurs un autre trait, relevé par Tacite et confirmé par bien d'autres témoignages, que les Germains, dans leurs mœurs, avaient un sentiment très vif des égards mérités par les femmes, et beaucoup d'attention, de déférence même pour leurs avis. Comment oublier ces phrases célèbres, où, après avoir montré les femmes germaines si fidèles et vaillantes dans les expéditions, après avoir noté que maris ou parents, soucieux avant toutes choses de l'honneur de leurs femmes, ne redoutaient rien tant que de les voir captives ou données en otages, Tacite ajoute encore ces paroles remarquables : « *Inesse quin etiam sanctum aliquid et providum putant, nec aut consilia earum aspernantur ant responsa negligunt* » (n° 8). Qu'on dise tant qu'on voudra que Tacite a du amplifier ou ne regarder qu'aux familles nobles, en dédaignant, dans ces peuplades d'observer la masse. Toujours est-il que les *Sagas scandinaves* et les *Niebelungen* ont ratifié et expliqué les brèves remarques de Tacite et que les femmes nous apparaissent, avec les invasions germaniques, comme occupant dans l'histoire et sur le devant de la scène une place que Rome, du moins avant le christianisme, ne leur avait pas connue. — Mais comment concilier ces témoignages historiques, confirmés par le silence de nos lois de Gaule quant au *mundium*, avec ce que tant d'auteurs voudraient nous faire accepter comme coutume d'assujettissement perpétuel et de vente des femmes par toute la Germanie, même au temps des invasions?

Est-ce à dire pourtant que les femmes étaient, en tout, de condition égale à celle des hommes, et qu'elles n'étaient pas même, à plusieurs points de vue, *dépendantes*. Eh non! sans doute, comme un peu de nos jours encore, mais

sans évoquer nulle idée de tutelle *permanente.* Et j'ai déjà marqué pourquoi, tout à l'heure.

Ainsi la femme, quoique maîtresse de ses droits, ne pouvait guère se défendre elle-même par les armes, ni sans doute paraître et lutter en justice par le duel judiciaire ou même par le serment (1). Il lui fallait un représentant, ou un champion ! C'était le devoir des hommes de sa famille de la soutenir sur le terrain judiciaire, comme de la protéger contre les voies de fait ou les offenses. Elle prenait l'un d'eux pour défenseur, comme à toute époque et jusqu'au moyen âge, la femme (ou aussi bien tout homme non valide,) sera admis à choisir un champion. C'était en somme prendre un *advocatus* ou *avoué* avec cette différence que les avocats ou avoués, de nos jours, sont des combattants de plume ou de parole, tandis qu'alors ils étaient souvent des combattants par l'épée ou par le bâton. — Mais prendre à l'occasion et par nécessité un champion, un représentant, un conseil, cela se voit encore et souvent, pour les femmes de nos jours ou de tous les temps; — et ce n'est pas là du *mundium* perpétuel, impliquant incapacité de gouverner ses biens ni d'agir extra-judiciairement (2).

(1) La loi des Bavarois renferme, plus que toute autre, des indications naïves et précieuses pour nous donner l'idée de cet état des mœurs et coutumes chez les Germains. — S'agit-il d'attentat contre une femme : « *Quia femina cum armis se defendere nequiverit, duplicem compositionem accipiat* ». Mais où donc est le tuteur pour prétendre à la composition, quand elle ajoute aussitôt : « *Si autem pugnare voluerit per audaciam cordis sui, sicut vir, non erit duplex compositio ejus, sed sicut fratres ejus, ita et ipsa recipiat* (*T. III, ch. 13*). — Et comme ceci est bien confirmé par ce qu'elle dit, *T. VII, ch. 7*, de la veuve victime d'un rapt « *quum coacta ex tecto egreditur propter orphanos...* » « *ejus defensio in Deo et in duce atque in judicibus debet consistere* » ! Où donc voir là le *mundium* familial institué comme coutume de droit pour la tenir en garde et dépendance sauf à la défendre ?

(2) V. *Beaumanoir* (ch. 63) n° 1 : « femme doit prendre avoué; car femme ne se peut combattre ». Et la L. Ripuaire (ch. 81) a bien parlé des fils ou fille de quinze ans, capable « *ut respondeat, aut defensorem eligat.* »

Les femmes en outre (les jeunes filles tout au moins) ne se mariaient guère sans l'approbation de leur famille. Peut-être y avait-il obligation pour elles, même chez nos Germains venus en Gaule. Nous discuterons ce point. Mais il y a loin de la nécessité spéciale d'un consentement de famille pour ce grand acte (familial aussi) du mariage, à l'idée d'une tutelle permanente. Nous en savons bien quelque chose encore de nos jours, où il existe, en droit, certaines dépendances prolongées à propos du mariage. Toujours il a été dans les saines mœurs que la jeune fille, même majeure et maîtresse de son avoir, reste dans la maison des siens, sous leur garde, et même un peu sous leur direction quant à son mariage. Et de nos jours encore, c'est d'ordinaire au père, à la mère, ou même au frère, qu'on vient demander la main d'une jeune fille, eût-elle plus de vingt-et-un ans. Nous ne parlons pas pour cela de tutelle ni de *mundium* perpétuels. Donc n'y croyons pas trop aisément, et gardons nous de confondre ici encore usage de mœurs et coutume de droit.

C'est dans la vie publique ou judiciaire, bien plus qu'au sein même de la famille, que nous avons aperçu quelque différence de condition juridique pour les femmes. Et il en est une autre encore que nous pouvons aisément y rattacher, quoiqu'elle touche vraiment le droit privé. Je parle de cette règle d'hérédité, qui écartait les femmes de la terre et tout à l'avantage des hommes de leur famille, c'est-à-dire de l'*exclusion de la terra* (*salica vel aviatica*) prononcée par la loi *Salique* et *Ripuaire*, qui se retrouve aussi dans la loi *Burgonde* et dans la plupart des lois germaniques. Ah! voici bien une *Coutume juridique*, mais aussi qui est nettement indiquée dans ces lois, tandis que nombre d'entre elles ne disent rien du prétendu *mundium*. Eh bien! cette exclusion le supposerait-elle ou l'impliquerait-elle, ce *mundium?* Nullement. Vous n'avez qu'à regarder chez les Romains. Là, les femmes succédaient, même aux terres; mais on a construit une tutelle perpétuelle,

précisément pour les empêcher de disposer des biens héréditaires. Les Germains ont eu une autre idée, celle d'exclure les femmes de la *terra*. Mais par là même, ils n'avaient pas autant besoin d'organiser en droit une véritable tutelle familiale. Qui en douterait, n'a qu'à considérer, dans la marche ultérieure de nos coutumes françaises, les exclusions légales ou conventionnelles qui se sont développées à l'encontre des filles, sans avoir jamais impliqué de tutelle permanente à elles imposée. Déjà, chez nos ancêtres Germains, cette exclusion avait pour raison sans doute, que la femme ne devait pas recueillir la terre, à la fois comme incapable de tenir le même rôle actif et public dans la famille, et comme susceptible de la transmettre en d'autres maisons, cette *terra aviatica*, si elle l'eût recueillie. Le *mundium* perpétuel n'aurait donc aucun lien nécessaire avec cette règle. — Et j'en conclus que chez nos Germains de Gaule, chez les Francs surtout, les femmes demeuraient en principe maîtresses de leurs droits (personne et fortune), capables d'actes juridiques, affranchies de toute tutelle familiale, et n'ayant à subir d'autres infériorités ou dépendances que celles voulues par leur nature même et par les conditions de la vie sociale de ce temps.

III

Voilà l'idée qu'il convient de nous faire des notions d'ensemble de la famille germanique. Elles ne sont, à tout prendre, que des données bien naturelles, sans rien qui sente les constructions systématiques mais artificielles du vieux droit romain. Aussi les Germains sauront-ils retrouver des données analogues dans les simples et touchants récits de l'histoire sainte, bien mieux que dans la tradition romaine [1]. Et de là cette tradition nouvelle qui formera les coutumes familiales du moyen âge. — Il en résultera, pour nos familles françaises, plus d'un trait caracté-

(1) V. notamment, p. 375.

ristique dont quelques-uns ont duré jusqu'à nos jours, et qui ont pu ou peuvent compter comme des coutumes vivaces, ou même de vraies constructions de droit bâties sur un fonds d'anciens usages germaniques.

Il en restera d'abord, pendant de longs siècles, comme tradition destinée à ne s'affaiblir que lentement, ce sentiment si vif et si actif *de la solidarité familiale*, qui se conservera jusque dans les guerres privées du Moyen âge avec le rude état social de toute cette époque.

Il en sortira aussi cette grande inspiration franque et française du *devoir successoral envers la famille* qui ne saurait être dépouillée, surtout dans les transmissions à cause de mort. Tacite l'avait déjà noté d'un mot : *Heredes sui cuique liberi et nullum testamentum*. Même au contact des Gallo-Romains, même après la Renaissance romaine, le testament aura grand'peine à se faire accepter largement dans nos coutumes, et n'y pourra jamais devenir le testament romain. Et la forte notion du devoir familial enfantera surtout ce système des biens propres réservés au lignage d'où ils proviennent, qui, se rattachant d'abord aux deux mots de la loi *Ripuaire* (*terra aviatica*), s'édifiera, lui aussi, peu à peu en construction juridique puissante, et deviendra l'une des théories principales de notre droit coutumier ; comme il a été l'un des supports, un peu trop compliqués, de notre vieille famille française jusqu'à la loi de nivôse an II qui l'a supprimé.

Il en est venu aussi et nous gardons encore, comme coutume juridique, notre institution des *conseils de famille*, inconnus dans le droit romain et composés nécessairement des parents ou amis du double lignage. Ces conseils s'appelaient plutôt, jadis, *assemblées de parents*. L'histoire de notre droit et de nos mœurs montrerait qu'ils avaient, durant tout le moyen âge, bien plus d'utilité et d'application pratique que chez nous, surtout pour les mariages où leur intervention n'est plus qu'exceptionnelle. Tout cela est de tradition vraiment française et peut se rattacher en droite

ligne aux usages si naturels de nos ancêtres Germains, comme aussi à cette solidarité familiale si fortement voulue et continuée par l'état social du Moyen âge.

En outre de ces droits et devoirs réciproques dérivant de l'association familiale, il y avait assurément, dans cette famille qui pouvait être vaste, à faire la distinction de moindres groupes, resserrés par des liens plus étroits et des devoirs plus précis. C'est ainsi qu'il fallait notamment distinguer, au milieu du groupe général de la parenté, la maison (*domus, haus,* ou comme on dira au Moyen âge, ménage ou *mesnie*); c'est-à-dire le groupe placé sous l'autorité immédiate de l'homme marié et père de famille.

C'est pour la *parenté*, prise en masse, que se déroulaient les conséquences tirées de l'idée générale de *solidarité*. Et je n'ai plus qu'un mot à ajouter, pour dire que, si les larges devoirs d'aide et de défense semblaient communs à tous, on devait en principe tenir compte du degré de parenté pour un exercice privatif des droits précis de *mundium* ou de succession. *Le mundium* sur les enfants, à défaut du père, ce n'était pas la famille en bloc qui l'exerçait, mais le plus proche des mâles, sauf la surveillance et le contrôle effectifs de toute la parenté. Et c'étaient aussi les plus proches (*proximi*) qui recueillaient la succession ou la plus forte part du Wergeld obtenu pour venger le meurtre d'un parent. Mais voici qui est bien caractéristique en ce dernier cas et qui va faire ressortir néanmoins ce devoir collectif de défense et de vengeance. Le Wergeld ne s'attribuait pas exclusivement au plus proche héritier. Et la loi Salique (*tit. 62*), prévoyant le meurtre d'un père, déclarait expressément que ses fils n'auraient droit qu'à moitié de la composition, l'autre moitié devant se répartir entre les proches parents, *tam de patre quam de matre* (1).

(1) *Si cujuscumque pater occisus fuerit medietatem compositionis filii colligant, et aliam medietatem parentes qui proximiores sunt tam de patre quam de matre, inter se dividant.* — V. aussi 2e cap., n° 3.

Nul texte n'éclaire mieux tout ce système général de la famille germanique, ou tout au moins de la famille franque.

C'est *dans le ménage* que doivent être envisagées surtout les deux autres institutions familiales : l'autorité domestique et le mariage.

Pour l'*autorité domestique*, appelée communément le *mundium*, je veux me borner à quelques mots. Chez les Germains venus en Gaule, ce *mundium* paraît, vous ai-je dit, n'avoir été consacré que sur les enfants (1). C'est le père, à coup sûr, qui en avait principalement l'exercice. Mais rien ne nous dit que l'autorité domestique fût inconnue pour la mère, là où elle-même n'était pas, comme femme, *in mundio*. Elle s'effaçait sans doute derrière son mari, dans un ménage uni. Mais je demeure convaincu qu'elle avait l'autorité domestique comme la tutelle après la mort du mari, et qu'elle pouvait même y prétendre parfois en cas de rupture conjugale. Les lois burgonde et wisigothe laissent entendre tout cela. Les documents francs nous en donneront aussi l'impression, et j'y reviendrai dans l'étude du mariage.

C'est qu'aussi bien, l'autorité domestique des Germains n'était nullement la *potestas* romaine, toute réservée au *paterfamilias* et si absolue en son essence. Le *mundium* n'absorbait ni la personne ni le patrimoine de l'enfant, qui pouvait avoir des biens à lui, et recueillir comme laisser une succession ; et j'ai déjà marqué que le *mundium* familial (en Gaule) ne dépassait pas la majorité.

Quant aux attributs de ce *mundium*, considéré comme autorité domestique, c'est là un point des plus obscurs. Car les lois barbares et tout particulièrement celles de Gaule sont bien peu explicites à ce sujet. La notion géné-

(1) En observant toujours que ce terme même de *mundium*, comme autorité domestique, ne se retrouve pas dans nos quatre lois barbares, à côté d'autres termes germaniques qui s'y lisent encore. N'a-t-on pas exagéré la portée de ce *Mund* ou *Vormund*, qui s'est rencontré surtout chez les Germains du Nord et dans les coutumes allemandes du Moyen âge?

rale qui s'en dégage est celle d'un pouvoir de tutelle ; c'est tout ce qu'on peut affirmer.

Sur la personne : ni pouvoir de vie et de mort, même pour le père, à la différence des vieux Romains ou Gaulois ; ni même, à ce qu'il semble, pouvoir de punir seul très gravement. On sent que le contrôle et l'intervention de la famille sont toujours là. On l'y retrouve encore s'il s'agissait de défendre ou de venger l'enfant et de prétendre au Wergeld, quoiqu'assurément c'était au père ou tuteur de prendre l'initiative et la direction de la défense, comme de représenter l'enfant en justice.

Sur les biens : on a dit souvent que le *mundium,* outre le pouvoir d'administration, avait dû impliquer un véritable droit de jouissance au profit du *munduoaldus* ou *tutor;* mais aucun texte de cette époque n'est cité, surtout pour nos Germains de Gaule. Et pour mon compte je n'y crois pas. Il était contraire à l'idée d'un pouvoir tutélaire de gagner ainsi tous les fruits aux dépens de l'enfant, même en assumant la charge de l'élever et de l'entretenir. Or je constate que toute notre tradition coutumière française, au Moyen âge, a conservé comme principe que nul tuteur, pas même le père ou la mère, n'avait droit à ce titre seul à la jouissance du bien des enfants. Qui permet d'affirmer dès lors, qu'il en ait été autrement chez les Francs? — Sans doute il arrivait souvent que les comptes de fruits étaient supprimés par le jeu des communautés taisibles entre les enfants et leurs auteurs. La coutume féodale fera naître aussi un droit de jouissance pour les Seigneurs et les nobles, sous les noms successifs de bail féodal et garde-noble. Mais cela ne supprimait pas le principe fondamental que la garde ou mainbournie des enfants était une garde comptable, tel que nous le rapportera Beaumanoir (1). Et notre tradi-

(1) Beaumanoir, XV, n° 10 « Garde doit rendre compte quand elle est de vilenage » sauf que « mes enfants perdent et gaignent avec moi, jusqu'à temps que partie leur est faite suffisamment et qu'ils sont ôtés de ma mainburnie ».

tion coutumière, venue peut être des Francs, a été que le père lui-même n'avait pas, à ce titre, la jouissance légale qu'avait connue le droit romain et que notre Code a restaurée, du moins en réduction.

Quantau pouvoirsi considérable, présenté comme attribut du *mundium* sur les filles, c'est-à-dire au prétendu droit de les marier comme par vente et de toucher à titre de prix le *nuptiale pretium*, je vous ai déjà laissé entendre que je ne voyais guère ainsi les choses; et bien moins encore chez les Germains venus en Gaule. Mais c'est à l'examen même des coutumes spéciales au mariage que cette question nous ramène maintenant.

QUATORZIÈME ET QUINZIÈME COURS

La formation et la dissolution du mariage.
Le *pretium nuptiale* : Achat ou Présents?
Le divorce.

Au milieu de cette famille germanique envisagée dans notre Gaule à l'époque des invasions, il faut maintenant porter plus d'attention sur ce qui avait trait *au mariage et aux coutumes matrimoniales*. C'est là notre vrai sujet d'études; et toujours en gardant les yeux fixés, de préférence, *sur les Francs*.

Relevons d'abord ce qu'avait dit Tacite du mariage chez les Germains de son temps. Bien peu de chose sans doute comme observations vraiment juridiques; mais beaucoup au sujet des mœurs, d'où pouvaient surgir les principes de droit. Lui-même a déclaré combien dignes d'attention lui paraissaient ces unions germaines, dans le passage célèbre qui commence ainsi : « *Severa illic matrimonia, nec ullam morum partem magis laudaveris* ».

Et d'abord ils pratiquaient aussi la *monogamie* « presque seuls entre les barbares ». Il n'y avait parmi eux que les grands se permettant plusieurs épouses, « moins par libertinage, que pour mieux marquer leur noblesse ». La remarque de Tacite est demeurée juste de tous points. On a bien le sentiment, dans Grégoire de Tours, que les rois mérovingiens de son temps, petits-fils de Clovis, prenaient ou conservaient plusieurs femmes à titre d'épouses. Dagobert, au début du VIIe siècle, nous est donné comme ayant eu dans le même temps des fils de trois reines, sans compter

les concubines. Le blâme chrétien et les lois de l'Église n'en auront raison que plus tard. Mais, pour le commun des hommes, c'est la monogamie qui était de règle au temps de Tacite; la polygamie n'ayant guère pu se comprendre et se pratiquer jamais que par exception et pour les puissants d'un pays.

Tenons-nous-en donc au mariage ordinaire. La description de Tacite occupe deux n[os] entiers de sa Germanie. Il faut d'abord que nous les parcourions dans leur ensemble; et vous y sentirez d'autant mieux sa préoccupation constante d'un parallèle avec les mœurs ou usages romains. A cause de leur étendue et de leur importance, je vous les lis en français, autant qu'on peut songer à traduire Tacite. Nous verrons souvent reparaître d'ailleurs quelques passages du texte latin, auquel il faut vous reporter.

N° 18. — Sévère est leur observance des mariages; et rien dans leurs mœurs ne mérite plus d'éloges. Presque seuls entre les barbares, ils se contentent d'une seule femme, hormis quelques personnages entourés de plusieurs épouses, moins par libertinage, que comme signe de noblesse. — La dot n'est pas apportée par la femme; c'est elle qui la reçoit de son mari. Parents et proches interviennent, approuvant ces présents; mais non des présents de toilette chers aux femmes, ou même quelque parure pour la nouvelle mariée. Des bœufs, un cheval tout bridé, un bouclier avec glaive et framée, voilà les présents grâce auxquels est reçue l'épouse; tandis qu'elle-même offre en retour quelque objet d'armes à son mari. Tels sont : leur lien le plus puissant, leurs rites sacrés, leurs dieux d'hyménée. Ainsi, que la femme ne se croie pas exempte des soucis de vaillance et des risques guerriers! Ces auspices du premier jour l'avertissent qu'elle vient à son mari comme une compagne des labeurs et des dangers, destinée dans la paix ou dans la guerre a souffrir ou à oser ensemble. Voilà ce que lui rappellent ces bœufs accouplés, ce cheval équipé, ces présents d'armes. C'est à la vie et à la mort. A elle de recevoir ces armes pour les transmettre dignes et inviolées à ses fils, et par eux à ses brus d'où elles passeront aux petits-enfants.

N° 19. — Ainsi vivent-elles sous la sauvegarde de leur pudeur,

sans connaître la corruption de spectacles qui les attirent ou de festins qui les excitent. Point de correspondances secrètes, ignorées également des hommes et des femmes. Dans une nation aussi nombreuse, bien rares sont les adultères dont le prompt châtiment est laissé aux maris. La femme alors est dépouillée de sa chevelure et de ses vêtements; et, en présence des parents, c'est le mari qui la chasse de sa maison et la pousse à coups de fouet par toute la bourgade. Pour celle qui s'est ainsi prostituée, nul pardon; ni beauté, ni jeunesse, ni fortune ne lui feront trouver un mari! Car ce n'est pas là qu'on se rit du vice, en disant de ceux qui corrompent ou se laissent corrompre, que le siècle le veut ainsi. Mieux valent encore ces pays où le mariage n'est que pour les vierges, qui ne peuvent former qu'une fois l'espoir et le vœu d'être épouses. Ainsi n'ont-elles qu'un mari, comme elles n'ont à donner qu'un corps et une vie. Au delà, pour elles, nulle pensée et nul autre désir, pour qu'il apparaisse bien que ce qu'elles ont aimé, ce n'est pas tant le mari que le mariage. Réduire le nombre de ses enfants, sacrifier les nouveau-nés, sont tenus pour crimes. Et, pour tout dire, les bonnes mœurs ont chez eux plus de force qu'ailleurs de bonnes lois.

Qu'en ressort-il? — Avant tout, l'observation, chez les Germains, d'un sentiment élevé de l'union conjugale, d'une pratique sérieuse et grave du mariage, d'une intimité profonde de l'existence à deux, et encore d'un dévouement prolongé des femmes en tout leur rôle d'épouses et de mères. Mais c'est là plutôt, comme le marque si bien le trait final, *un état de mœurs*. Et si nous réservons pour le moment tout ce qui est dit, dans ce passage, sur l'intervention de la famille et le règlement des biens, je ne vois guère à détacher sur *l'union même des personnes* en leur vie commune, que trois points inclinant déjà vers des coutumes de droit :

1° En premier lieu, cette union si profonde de toute l'existence, dans la paix comme dans la guerre, sur laquelle Tacite a tant insisté pour tout résumer dans ce mot le plus remarquable au sujet de l'épouse « *Venire se laborum periculorumque sociam* ». Certes il n'y a rien là comme affirmation d'une communauté juridique; mais n'est-ce pas

l'idée, si naturelle d'ailleurs, de compagnie ou d'association dans le mariage, qui s'en dégage comme tendance des mœurs germaniques? — Nous aurons donc à voir quelle part il convient de leur reconnaître dans les origines de toutes nos communautés conjugales, a côté du précepte chrétien : *Erunt duo in carne una.*

2° Ce veuvage durable et fidèle des femmes, plus austère encore chez certaines peuplades où il ne semblait pas admis que la vierge, qui a été épousée une fois, pût se remarier : « *Melius adhùc ex civitates in quibus tantum virgines nubunt et cum spe votoque uxoris semel transigitur* ». Il a inspiré à Tacite ses plus belles paroles au spectacle écœurant des noces multipliées du monde romain. Et dès lors quoi d'étonnant à ce que ce sentiment, déjà ancien chez les Germains, se soit si bien fondu avec le sentiment chrétien qui allait lutter au Bas-Empire contre l'abus des secondes noces et des divorces, en prêchant la dignité des veuvages!

3° C'est enfin le châtiment étrange et ignominieux de l'adultère des femmes, signalé comme si rare mais si rudement frappé : quand l'épouse était chassée par son mari, en présence de la famille et dans toute la bourgade, et ainsi à tout jamais marquée d'infamie. On voit comme la rude sévérité des mœurs s'y accuse, en même temps que s'y manifestent la supériorité du mari et le contrôle des proches. Et voilà bien ce que j'appelle encore une *coutume* avec précision de la règle et de la sanction. Cela est si vrai que, s'il n'en a rien été redit expressément aux lois barbares, nous savons que la tradition s'est conservée en mainte contrée française du moyen âge. Et, bien loin de la Germanie, elle est encore écrite expressément dans les coutumes ou *Fors* de Béarn du XIII° siècle.

Ainsi, unions parfaites, femmes toutes dévouées, mariages féconds, voilà ce que Tacite nous rapporte, en pensant beaucoup à Rome. Mais il n'a dépeint là, en somme, que des sentiments tout naturels dans une société rustique aux mœurs simples et saines. Et n'a-t-il pas trop songé à

Rome pour exalter et embellir ces mœurs germaines, en nous les donnant comme si générales et si constantes? Je ne fais pas doute qu'il s'est laissé aller à quelque exagération; et lui-même nous fournit quelques raisons d'en rabattre, quand il nous rapporte ailleurs certains vices, accoutumés aussi, des Germains. Ils n'étaient pas seulement d'un naturel violent, mais, dit-il, paresseux dans la paix et laissant volontiers le gros ouvrage aux femmes aussi bien qu'aux esclaves, passant volontiers les jours et les nuits à boire, passionnés de plus pour les jeux de hasard[1]. Comment croire, même à supposer tant de dévouement et de perfection chez leurs femmes, que les sentiments de ces Barbares étaient de tous points si délicats et leurs mariages si parfaits? Ils le montreront bien d'ailleurs au temps des invasions, quand la conquête, les richesses et les tentations viendront ouvrir large carrière à leurs mauvais instincts, si peu réprimés dans l'anarchie qui sévit alors. Grégoire de Tours est plein de récits qui en témoignent. Tacite a donc un peu trop versé dans son idée d'admonester Rome au moyen de la Germanie. Eh! ne l'a-t-il pas dit lui-même au trait final : « *Plus ibi boni mores valent quam alibi bonæ leges* ».

Il en résulte bien pourtant, même pour les siècles ultérieurs, que les Germains n'étaient pas envahis comme la société romaine par la corruption raffinée et la luxure. Et nous pouvons d'autant mieux l'admettre, qu'on a souvent pu observer ce contraste entre les mœurs, plus fragiles ou plus relâchées dans les grandes cités, plus saines au contraire et plus sévères aux vraies campagnes, où s'est entretenue toujours la masse robuste des cultivateurs et des soldats. On sait par divers témoignages d'histoire, que les Barbares au temps des invasions ne pouvaient retenir leur indignation ou leur dégoût pour certains spectacles de désordre que leur offrit tout d'abord l'Empire romain. Même

(1) V. surtout ses nos 15, 22 et 24.

en faisant la part du déclamateur, chez Salvien (1), il est impossible de ne pas être frappé de l'extrême insistance avec laquelle il oppose aux mœurs dissolues des Gallo-Romains, la chasteté ou l'austérité de ces divers peuples Germains dont il ne méconnaît pas tous les autres vices. Et, d'ailleurs, César comme Tacite n'avaient-ils pas déjà signalé le bel exemple de cette jeunesse barbare, toute préparée pour la fécondité et l'énergie ?

Tacite nous a transmis une autre observation, plus directe pour le droit, lorsqu'il a si bien relevé chez les Germains, que c'était plutôt à l'homme d'apporter une dot à sa femme que d'en recevoir comme mari. Il est vrai que cette dot n'est donnée par Tacite que comme formée de présents mobiliers, bétail ou armes, (les richesses appropriées d'alors); et qu'il nous montre aussi la femme offrant de son côté quelques moindres présents. Il est vrai encore que Tacite compromet un peu toute cette exposition de vraie coutume, par une explication bien symbolique donnée à cet échange des présents. Mais il n'en a pas moins dégagé que le trait caractéristique de la coutume germaine était la *dos ex marito*. Et l'ensemble des lois barbares le confirmera, en usant de ce même terme de *dos*, dont le sens va changer dans tous les documents qui suivent les invasions.

Si nous quittons Tacite, je vous ai dit déjà combien peu de dispositions précises et ordonnées se rencontrent dans la plupart des *lois barbares* sur tout ce sujet du mariage. C'est un vide fâcheux pour l'histoire du droit ; car ces lois rédigées auraient pu du moins nous montrer un ensemble de traits véritables d'usage juridique. Nous reverrons le peu

(1) V. surtout le L. VII, *De Gubernatione Dei*, œuvre principale de ce fougueux prêtre de Marseille, né à ce qu'il semble sur les bords du Rhin, et qui, pendant le cours du vᵉ siècle, au milieu des grandes invasions, considère et montre les barbares comme chargés par Dieu de châtier et de régénérer le monde romain.

qu'elles nous ont transmis dans l'exposition, qu'il nous faut tenter maintenant, pour l'époque même des invasions.

Notons seulement qu'un des points les plus généralement prévus dans les lois barbares (en dehors de la *dos ex marito*), c'est le *rapt* des jeunes filles ou des veuves, et sa sévère répression. Ce rapt de violence, il n'en était guère question dans le droit romain classique; mais, la législation du Bas-Empire avait commencé de s'en inquiéter et d'y pourvoir, comme on peut le suivre aux Codes de Théodose et de Justinien. Chez les Germains (quoique Tacite n'en ait rien dit), il semble bien qu'à l'époque des invasions, où la force se déchaînait si volontiers au service des passions, le rapt soit devenu fréquent et l'une des causes principales de discordes entre les familles. Toutes les lois germaniques s'en préoccupent, parfois assez longuement (1). Or ce rapt, s'il est prévu parfois comme l'enlèvement de la femme contre son gré, nous apparaît surtout envisagé comme un rapt à l'encontre de la famille qui n'a pas été consultée ou qui a répondu par un refus. C'est donc un grave indice à recueillir au sujet de la question du consentement familial dans les mariages germains. — J'ajoute qu'il ne se rencontre, au travers de toutes ces lois, que peu de dispositions relatives à d'autres délits de mœurs, comme fornications ou adultères, mais qui témoignent aussi d'une réprobation vigoureuse contre tous ces genres de désordres. Il est donc bien visible que, dans la préoccupation des législateurs barbares, la violence tient plus de place que la corruption, et qu'à la différence du monde romain, le désordre n'y vient pas autant des femmes que des hommes, dont la brutalité est trop déchaînée. Grégoire de Tours suffit d'ailleurs à le confirmer.

Cela dit, comme remarques générales sur l'ensemble, voyons maintenant, malgré l'insuffisance des documents germaniques, à nous faire quelque idée du mariage et des

(1) V. les titres spéciaux sur le *Rapt*, aux lois Franque, Burgonde et Wisigothe.

coutumes matrimoniales suivant l'ordre des questions fondamentales que nous avons toujours à nous proposer.

I

Un point certain c'est qu'il n'y avait pas intervention d'autorité publique dans la *conclusion ou la célébration du mariage*. Le mariage n'apparaît, chez les Germains aussi, que comme un accord de famille. Telle a bien été l'idée naturelle, se rattachant d'ailleurs à la constitution première des familles, avant les conceptions nouvelles de l'Église, que l'État moderne a retenues pour son mariage civil. Aussi nulle formalité, nulle solennité, dans les documents barbares, ne se montre essentielle au point de vue du droit, quoiqu'il s'en rencontrât sans doute dans les mœurs. Nous dirons donc, comme règles coutumières les plus vraisemblables, que le mariage, chez nos Germains passés en Gaule, impliquait simplement : 1° le *Consentement des deux époux*; 2° puis, sans doute *pour la femme* (mais *la jeune fille seule*), *le consentement familial* de son père ou de ses plus proches, ainsi que vont nous le montrer les usages de *desponsatio* et de *dotatio*.

Les fils, quant à eux, devaient pouvoir se marier sans le consentement familial. Telle était la conséquence logique de l'idée qu'ils n'étaient pas soumis à une *patria potestas*, que le *mundium* sur l'enfance cessait avec la virilité et que le jeune homme, dans les mœurs, prenait alors l'indépendance d'agir. La loi des *Wisigoths* le confirme d'ailleurs expressément dans un de ses *Antiqua*, qui oppose jeune homme et jeune fille (1). Sans doute, s'il se mariait très jeune et vivant au milieu de sa famille, il ne se fiançait, ne se mariait même, qu'au vu et su de ses parents, avec leur

(1) L. W. *L. 3*, I, n° 7. *Si germanus jam adolescentiæ habet ætatem et proximorum renuit sollicitudinem, sit illi potestas condignam sibi conjunctionis quærere copulam. De puellâ vero*, etc.

approbation et leurs concours. Lois et formules, surtout, le supposent bien (1). Il en est encore ainsi dans nos mœurs. Mais nous avons l'habitude, au point de vue du droit, de vouloir et de savoir distinguer ce qui est de nécessité juridique ou de convenance morale : préoccupation qu'il ne faut jamais oublier, quand on se meut au travers de dispositions et de témoignages aussi peu construits que ces textes barbares. Or il semble bien qu'un tel consentement familial, même celui du père, n'était pas rigoureusement nécessaire à la validité et aux pleins effets du mariage, du côté de l'homme.

Mais, *pour les filles*, pour les jeunes filles surtout (*virgo* ou *puella*), on s'accorde à reconnaître que le consentement de leur père et, à son défaut, de leur frère ou de leurs plus proches, était nécessaire pour leur mariage. C'est là une coutume regardée comme à peu près universelle chez les peuples germains. Beaucoup de textes en effet y font allusion dans les lois et documents barbares. Pour ce qui concerne les Gaules, la *loi des Wisigoths* le dit expressément pour la fille, par contraste avec le fils. La *loi des Burgondes*, aussi, le laisse bien entendre. Et si nous ne trouvons pas de textes précis dans *les lois des Francs saliens* et *Ripuaires*, il semble résulter de Grégoire de Tours et de diverses formules que le mariage des jeunes filles supposait le concours des parents et dépendait même de leur volonté (2). Enfin cela résulte encore de la différence que prennent soin d'exprimer plusieurs de ces textes au sujet des veuves, qui sont données comme plus libres de se remarier d'elles-mêmes et à leur gré, mais par contraste avec la jeune fille.

Ainsi les documents, qui suivent immédiatement les in-

(1) V. les diverses formules de *Libelli dotis*, rassemblées au recueil de *De Rozière*.

(2) V. L. Burgonde, T. XII, — L. Wisigothe, III-1-7, suite du texte cité plus haut, et nombre de fragments dont le plus précis est le III-2-8. Et pour les Francs, notamment, l'histoire du mariage de Rigonthe, p. 437.

vasions, confirment l'observation de Tacite qui a bien constaté cette intervention de la famille, et qui a bien donné à entendre qu'en vue même de cet agrément des parents, le fiancé avait coutume d'offrir de notables présents. « *Intersunt parentes et propinqui ac munera probant.* » Et si l'on va au fond de ces usages, comment ne pas reconnaître ce qu'ils avaient en eux-mêmes de simple et de naturel? Dans tout pays où règne quelque soin de la moralité, la jeune fille demeure avec son père ou sa mère, jusqu'à son mariage. Si même elle est devenue orpheline, elle est recueillie par ses proches. Sa jeunesse et sa faiblesse le veulent ainsi, comme le souci de sa virginité et de sa bonne renommée. Ne le voyons-nous pas encore dans nos classes rurales et bourgeoises, même pour les filles qui ont passé vingt et un ans et que la nécessité n'a pas obligées de se mettre en service? C'est donc à ses parents qu'elle doit être demandée en mariage; et même de nos jours, elle ne s'écartera guère de leur pensée. Dans les conditions de la famille germaine, n'est-il pas aisé de comprendre qu'elle pouvait moins encore se marier en dehors de ses parents ou s'insurger contre leur volonté, qui se marquait par l'exigence et la réception du présent nuptial.

Si elle était *veuve*, et alors mère le plus souvent, telle Brunehaut et tant d'autres femmes mentionnées par Grégoire de Tours, elle avait, comme de nos jours, une liberté d'action et d'allure bien autre que la jeune fille. Rien ne devait l'empêcher de se remarier d'elle-même, encore qu'elle fît mieux de s'assurer du consentement de ses propres parents, et souvent même de ceux de son premier mari, pour apaiser tout ressentiment ou aplanir toutes difficultés. Et je n'ai rien dit là, pour nos Germains, qui ne soit appuyé de textes et documents de l'époque même, venant corroborer tout ce que nous fait si bien entendre l'observation morale et le bon sens (1).

(1) La liberté pour les veuves de se remarier, sans exigence imposée d'un

Voilà comment m'apparaissent les choses au temps des invasions. Tacite n'avait rien dit de contraire; et toute sa description des Germains nous inclinerait plutôt aux mêmes conclusions, déjà trois siècles auparavant.

Mais nombre de savants modernes voient les choses bien autrement. Et voici ce que quelques-uns ont prétendu, ce que beaucoup d'autres ont répété, même encore à ce qu'il semble pour l'époque des invasions. C'est une explication devenue courante. Je dois d'abord vous en instruire, et vous dirai ensuite ce qu'à mon sens, il en faut penser.

II

L'usage primitif et général des Germains, a-t-on dit, c'était la *conclusion de mariage à titre et en forme d'achat.* Tout mari achetait sa femme en payant un véritable prix, soit en bétail, meubles ou argent. Il l'achetait des parents; et ce prix était payé, au père ou aux plus proches de l'épouse elle-même, si c'était une jeune fille; aux proches du premier mari, s'il s'agissait d'une veuve, comme si elle leur était rachetée. Nombre d'auteurs semblent admettre que cet usage primitif devait être général chez les Germains au temps de Tacite, qui a manqué de l'observer. Si bien qu'il aurait persisté encore chez plusieurs peuples germains au temps des invasions à titre d'*achat réel,* quoiqu'il tendit déjà chez d'autres à n'être plus qu'*achat symbolique,* mais symbolique par survivance.

consentement de parents ou de tuteur, paraît attestée, en Gaule : 1° chez les *Wisigoths,* III, 1, n° 7 et 4, n° 2. « *Mulier quæ in suo consistit arbitrio,* opposée *à puella* » ; — 2° chez les *Burgondes,* par le curieux exemple d'un remariage de veuve exposé au T. *52* ; — 3° chez *les Francs saliens* par le 1er capit., n° 7, et par l'exemple de Brunehaut, après le meurtre de Sigebert, épousant si vite et d'elle-même Mérovée l'un des fils de Chilpéric. — Rien ne peut être cité de contraire; tandis qu'il en était autrement chez les *Lombards* ou les *Saxons,* avec leur *mundium* perpétuel sur les femmes.

C'est donc la thèse, si répandue en sociologie, de l'*achat primitif des femmes*. Qu'a-t-on dit pour l'appuyer quant à *la Germanie?*

§ 1.

Il y a deux ordres d'arguments :

a) L'idée d'achat, dit-on, trouve sa confirmation précise dans nombre de textes des lois germaniques, qui parlent du mari devant remettre un *pretium nuptiale* ou même *pretium uxoris*. Le *pretium nuptiale* se rencontre chez les *Wisigoths* et les *Burgondes*, aussi bien que chez les *Lombards* et les *Saxons*; tantôt et le plus souvent sous ce nom latin seul, tantôt avec l'ancien terme barbare qu'il est venu traduire, *Witemon* chez les Burgondes ou *meta* chez les Lombards. Chez les Saxons, on trouverait même les termes *emere uxorem*, ou encore *pretium emptionis* (1). — Eh bien! n'est-ce pas la preuve absolue d'un achat véritable à la famille de l'épousée, soit chez les *Saxons* restés le type des anciens Germains, ou même en Gaule, chez les *Wisigoths* et les *Burgondes*?

Pour les *Francs*, il est vrai, on ne trouve ni règle ni expression semblable, même dans leur vieille loi salique, la plus ancienne de toutes. Mais, dit-on, c'est que les Francs (en avance sur ce point) ne connaissaient plus l'achat réel et l'avaient remplacé par un *achat symbolique*, tout en conservant aussi cette vieille donnée de l'achat. En effet, le Franc s'unissait-il à une jeune fille, nous lisons en dehors

(1) Voici les deux textes principaux aux Titres de *Conjugiis* et de *Viduis* de la loi des Saxons.

Uxorem ducturus, c cc solidos det parentibus ejus.

Si autem sine voluntate parentum, puellâ tamen consentiente, ducta fuerit bis ccc solidos parentibus ejus componat.

Qui viduam ducere velit, offerat tutori pretium emptionis ejus, consentientibus ad hoc propinquis ejus. — Si tutor abnuerit, convertat se ad proximos ejus, et eorùm consensu accipiat illam, paratam habens pecuniam, ut tutori ejus... dare possit, hoc est solidos ccc.

de leurs lois, qu'il devait l'épouser en remettant ou présentant « *un sou et un denier* ». La tradition rapportait que Clovis avait ainsi épousé Clotilde : « *per solidum et denarium* ». Et dans plusieurs formules de *libelli dotis* réputées *formules franques*, on retrouve en tête le rappel de ce vieil usage (1). De même le Franc, épousant une veuve, devait remettre aux parents du premier mari « *trois sous et un denier* ». C'était le *reipus* offert ainsi publiquement, *in mallo*. Et ici nous avons un titre entier de la vieille loi salique qui l'explique et le règle tout au long. C'est même le seul titre qu'elle renferme sur le mariage. *Tit. 44*.

Donc, dit-on, *les Francs*, eux aussi, avaient dû connaître et pratiquer jadis, *outre-Rhin*, le vrai mariage germanique comme achat réel, sauf à l'avoir tourné par un progrès plus rapide en forme symbolique. — Et, dès lors (pour résumer ce premier ordre d'arguments), n'est-ce pas le cas de reconnaître en Germanie toute une évolution de cette vieille coutume primitive de l'achat des femmes, posée en condition de fonds et de forme des mariages?

2° L'*Evolution!* et voici aussitôt, d'après ce seul mot et cette idée fondamentale en sociologie, une nouvelle série d'arguments qu'on voit développée chez plusieurs historiens du droit, et qui consiste à projeter sur la Germanie les lueurs générales qu'on croit avoir sur les coutumes primitives et universelles de l'humanité.

C'est en effet l'une des thèses favorites de la sociologie préhistorique, que le mariage, même la monogamie, a dû commencer ou passer partout par une phase dite de l' « *achat de la femme* ». A la suite d'une série plus ou moins longue d'étapes prétendues, depuis la *promiscuité de la horde errante* jusqu'au *matriarcat*, *patriarcat*, *polygamie*, *rapt de femmes*, etc., l'humanité se serait enfin fixée pour un temps, et déjà sans doute comme par un notable progrès, sur cette coutume de l'achat. Et cette phase, on croit la retrouver

(1) V. Lindenbrog, n° 7.

partout. Les épopées d'Homère seraient pleines d'indications sur cet achat des femmes. Le *coemptio* des Romains n'aurait pas été autre chose qu'une survivance de ce même achat. Et la Genèse elle-même, quoiqu'elle présente tout autrement l'origine du mariage entre Adam et Eve, porterait la trace que les Hébreux aussi connaissaient l'achat : la preuve même, a-t-on dit, puisque de grands savants ont exposé que si Jacob a dû servir sept ans chez Laban pour obtenir Rachel, c'était encore un prix d'achat.

Mais c'est parmi les peuplades arriérées de l'Asie, c'est surtout parmi les tribus encore sauvages de l'Afrique, de l'Océanie, ou chez les Peaux-Rouges de l'Amérique, qu'il a pu être rapporté de nombreux indices de ces usages d'une prestation maritale ayant des apparences et caractères d'achat. Et sur la foi de récits dus à des voyageurs ou à des missionnaires plus ou moins compétents pour observer des usages juridiques, on a échafaudé toute cette donnée de sociologie.

On prétend donc que l'achat de la femme a dû être un fait universel (ou à peu près universel), comptant dans les phases de l'évolution générale, que tous les peuples germains aussi l'ont connue, et que la plupart d'entre eux en étaient encore, au temps des invasions, à cette étape de l'humanité où le mariage ne se comprenait et ne se concluait que par l'achat.

Au surplus, pour vous montrer que je n'exagère rien de cette explication, voici comment cette thèse, qui s'insinuait déjà dans quelques-uns de nos livres comme thèse scientifique, vient d'être presentée dans un ouvrage qui sera bientôt achevé et qui comptera sur beaucoup de points comme un guide utile pour l'ensemble de l'histoire du droit. — C'est au milieu de généralités étendues sur la question des *origines de la famille*. Nous sommes déjà dans le *patriarcat*, qui ne serait lui-même qu'un *troisième stade*, où la phase du *rapt* devait encore avoir précédé celle de l'*achat*.

« Du rapt à l'achat il n'y a qu'un pas. « Chez les Bodos (Inde) le fiancé enlève la jeune fille avec toutes les apparences de la violence; puis il offre à ses parents un festin et des présents en rapport avec sa situation, pour désarmer un courroux simulé ». C'est là l'image *de ce qui s'est passé à peu près partout*. Quand il y avait eu rapt, les parents de la femme offensée cherchaient à tirer vengeance de l'injure subie; le ravisseur les apaisait en leur offrant des présents. Il s'établit des tarifs d'usage. On paya d'avance la composition due par le ravisseur. — Chez une foule de peuples, le père dispose de ses filles comme un maître de ses esclaves, sans les consulter. L'Inde, la Grèce ancienne, Rome même, ont connu le mariage par achat (*coemptio*). Homère parle des παρθενοι ἀλφεσιβοῖαί, des jeunes filles qui rapportent beaucoup de bœufs à leur père, parce que les fiancés payent le prix d'achat en bétail, la monnaie courante de ce temps. Les variations *du prix de cette marchandise* sont énormes. « Un riche Baskir mettra son orgueil à donner 3.000 roubles pour une femme; son pauvre voisin en obtiendra une pour une charge de bois ou de foin ». Les Papayos du Nouveau Mexique mettent leurs filles aux enchères. Les Damaras sont fort pauvres; une chèvre leur paraît un équivalent très acceptable pour une de leurs filles. Wilson raconte que dans l'Ouganda, un père lui offrit sa fille pour une paire de bottes ou une vieille veste. C'était encore fort cher. Car le prix habituel est six aiguilles ou une boîte de capsules.

Le mariage a lieu d'ordinaire au comptant, comme les contrats primitifs; quelquefois à crédit, mais, *en bon négociant*, le père de famille prend ses précautions. Il garde des droits sur sa fille; les enfants restent sa propriété jusqu'au paiement complet du prix stipulé (Iles de la Sonde, Makololo en Afrique). Dans l'Unyoro, il paye une vache à chaque naissance. Sur d'autres points, il est tenu de demeurer dans la maison de son beau-père jusqu'à ce qu'il soit entièrement libéré. — A défaut d'argent ou de bestiaux, le futur échange sa sœur contre la femme qu'il convoite, devient l'esclave de son beau-père ou lui loue ses services. Faut-il rappeler l'histoire de Jacob et les quatorze ans qu'il dut passer dans la maison de Laban pour épouser Lia et Rachel, les filles de celui-ci! Le Peau-Rouge remet chaque jour tantôt au père, tantôt à l'oncle maternel de sa femme une part sur sa chasse ou sur sa pêche (1). »

(1) V. aux pages 427 et s., du *Manuel d'histoire du Droit français à*

Voilà bien la thèse sociologique de l'achat, résumée en toute son ampleur et comme prétendant à former découverte d'une loi universelle. Mais son procédé aussi est bien visible ; c'est l'accumulation, pour faire masse, d'une série de menues observations recueillies tant bien que mal à tous les points cardinaux du monde et de l'histoire, non sans l'aveu sincère que beaucoup de ces observations restent douteuses(1). Au surplus la visée principale est bien de combiner ce qu'on apprend des peuplades inférieures (surtout de l'Afrique), avec les plus anciens souvenirs, ou historiques, ou légendaires, venus des grands peuples d'Asie et d'Europe, croyant pouvoir montrer chez ceux-ci les survivances d'une époque inconnue où tant Hébreux qu'Hellènes, et Romains et Germains, n'auraient été qu'à l'état misérable de ces sauvages, entrevus comme types primitifs de l'humanité (2).

Mais revenons à nos questions de Germanie. Aussi bien le même auteur, armé de toute cette thèse sociologique, n'hésitera pas à en faire l'application résolue aux Germains,

l'usage des étudiants en Licence et en Doctorat, que publie en ce moment mon collègue de Toulouse, M. Brissaud. Je n'avais pas cru devoir le nommer en chaire ; et je me borne à souligner comme à la lecture, en les marquant en italiques, les expressions plus caractéristiques qui me paraissent commander l'attention.

(1) V. p. 418, au début de ses généralités sur « *les Origines de la Famille* ». « Les faits sur lesquels on raisonne, souvent très vagues, sont attestés par des historiens crédules ou des voyageurs peu dignes de foi. Ils s'expliquent de trois ou quatre façons : les systèmes s'en emparent et les systèmes abondent ». Et quelques lignes plus loin : « Dans ces conditions on se demandera si l'esquisse qui suit, forcément superficielle et incomplète, où tout ou presque tout est sujet à contestation (ensemble et détails), n'est pas plus nuisible qu'utile. Nous ne l'avons pas pensé ». J'aurais été porté à penser différemment pour un *Manuel*, si ce titre n'était pas bien trop modeste pour le considérable et savant ouvrage qui vient d'être ainsi conçu.

(2) Et, puisse cette sociologie montrer moins de crédulité ou de tendance à prendre les traits les plus grossiers et anti-humains, pour les marques les plus authentiques de primitive humanité !

même du temps de Tacite, en lisant entre les lignes de l'historien tout autrement qu'il n'a parlé, pour insinuer, en fin de compte, qu'il n'a pas dû bien voir. Qu'on en juge d'ailleurs par ce second passage.

« Le mariage, tel que le décrit Tacite n'est que le mariage par achat. Les objets (dont il a parlé comme présents) sont la monnaie de l'époque ; et il s'agit d'un prix d'achat payé aux *parents* et non à la femme même, car Tacite ajoute : « En échange, le mari reçoit la femme comme épouse. » De qui la reçoit-il si ce n'est de ses parents ? Tacite a vu dans ces objets des symboles de la vie commune qu'allaient mener les époux. Mais cette interprétation spiritualiste du mariage germanique est trop contraire *aux résultats fournis par la législation comparée* et le droit postérieur *pour qu'on puisse l'accepter*. »

Nous voici donc en présence de *cette thèse de l'achat* donnée dans sa forme la plus absolue. N'est-elle pas d'ailleurs la conclusion logique, à laquelle semblent devoir aboutir tous ceux qui, les yeux fixés sur les sauvages comme base de ce qu'ils appellent en préhistoire « une législation comparée », s'accoutument, dans l'histoire générale du mariage, à cette vision et à cette expression du « *mariage par achat* » ? Pour s'en rendre compte, il semble inévitable qu'ils remontent jusqu'à l'idée d'un achat tout réel des femmes aux premières origines, pour redescendre ensuite à ce qu'ils appelleront volontiers l'*achat par survivance* ou même encore l'*achat symbolique*, en vue d'expliquer tout le courant de « ces évolutions » (1).

J'ai dû vous rappeler d'un mot cette thèse tout entière, pour vous mieux faire apercevoir tout son échafaudage, à

(1) Ne l'a-t-on pas dit aussi des dons du fiancé romain, présentés comme une survivance de l'achat, avant d'être le précédent de la *donatio ante nuptias*? — Et je m'attends bien à voir quelque jour notre usage traditionnel des *corbeilles de noce* présenté, lui aussi, comme une des survivances les plus tenaces de cet « achat des femmes », vieux comme le monde et qui, ainsi compris, ne périra sans doute qu'avec lui.

mon sens encore si peu solide et mal établi. Déjà je vous ai laissé entendre que je regardais comme assez chimérique, cette ambition de prétendre reconstituer, dans l'histoire des mœurs et du droit, ce qu'on voudrait appeler *les coutumes primitives et universelles de l'humanité*. — Mais, suivant notre programme même d'*histoire du droit français*, je n'ai ici, à examiner et à discuter cette hypothèse du mariage par achat qu'au sujet des seuls Germains. Et entendons-nous bien ! non pas même au sujet des Germains de temps inconnus (qu'en peut-on savoir de précis?), mais de ces Germains qui commencent à se signaler dans l'histoire avec les Cimbres et Teutons défaits par Marius, et dont nous pouvons du moins entrevoir les mœurs et usages, depuis César et Tacite jusqu'aux grandes invasions.

Ainsi mieux circonscrite, notre discussion ne pourra que gagner en précision. C'est bien d'ailleurs au fond la question tout entière puisqu'on a prétendu voir, depuis Tacite jusqu'aux lois franques, les phases principales de l'achat réel et symbolique. A travers l'examen des textes et l'enchaînement des réflexions ou des raisonnements, que cette discussion sur les Germains suffit à provoquer, vous saurez bien retrouver tout ce qui peut s'appliquer à la discussion générale de sociologie. Et je pourrai, en dehors du Cours, vous donner quelques compléments d'explications ou de lectures, qui suffiront à vous montrer que, soit chez tous les peuples voisins de l'état de nature comme à Madagascar, soit chez les anciens Hellènes, d'après Homère lui-même, cette hypothèse universelle de « l'achat des femmes » n'est ni démontrée ni vraisemblable (1).

« Mariage par achat » et même d'abord par *achat réel*, nous dit-on, des Germains ! — Mais il est tout d'abord un point sur lequel ces hardis savants négligent de s'expliquer nettement, quand ils parlent ainsi de l'achat germanique

(1) V. les notes des pages 374 et 375, et l'appendice sur Madagascar, p. 380.

ou de l'achat primitif des femmes. Qu'entendent-ils au juste par cette opération d'achat? Il se rencontre bien le fait d'une valeur ou d'une somme remise aux parents, qu'ils entendent d'un prix d'achat, mais qui pourrait aussi s'entendre d'un présent? Mais où donc voient-ils l'objet et les traits caractéristiques d'un achat ou vente? Est-ce la femme elle-même, achetée comme une propriété? Est-ce un certain ensemble de pouvoirs mal définis sur cette femme impliquant pour l'homme, à titre d'acheteur, celui de l'enchaîner à soi comme compagne et servante? N'était-ce chez les Germains qu'un achat de *mundium*, c'est-à-dire de ce pouvoir familial qu'on a prétendu avoir été perpétuel sur les femmes en Germanie et que le mari aurait acquis ainsi à prix d'argent, comme base de puissance maritale? — Certains partisans de la thèse de l'achat diffèrent à cet égard dans leurs expositions. Mais la plupart ne s'en embarrassent même pas. Pour eux « mariage par achat » répond à tout. Et c'est ainsi qu'on nous présente, pêle-mêle avec nos Germains, les hommes de toutes les époques primitives et dans les cinq parties du monde, achetant leurs femmes en mariage, sans se soucier d'élucider le fond même de l'idée d'achat.

Si nous tenons à garder pour principe, qu'il faut demeurer jurisconsultes, même en histoire du droit, nous ne pouvons nous satisfaire à si bon compte. Et sans prétendre que les notions juridiques aient pu être aux temps primitifs, ou dans la Germanie, analysées et précisées comme à Rome ou de nos jours, nous voudrions au moins trouver quelque idée claire et définie quand on prononce ce mot d'achat, fût-ce au sens usuel et vulgaire du mot. *Où donc était la chose ou le droit acheté?* — Or, pour qui les suit de près, les partisans de l'achat n'ont plus rien de net à nous dire. Et vous allez bien voir que c'est ma principale raison pour conclure que, dans tout ce qui nous est rapporté des Germains, je ne puis reconnaître un prix d'achat, mais des présents répondant à d'autres idées que celle de vente.

Envisageons les documents eux-mêmes. 1° J'observe d'abord que ni César ni Tacite ne nous disent un seul mot du mari *achetant* sa femme en Germanie, ou même l'*épousant en forme d'achat*. Tacite nous montre bien le mari apportant des cadeaux ou présents que la famille approuve comme il en reçoit de son côté. « *Intersunt parentes et propinqui ac munera probant. In hæc munera uxor accipitur atque invicem ipsa armorum aliquid viro offert...* ». Mais nulle part il ne nous parle de rien qui ressemble à une femme vendue par sa famille et payée par son mari. Or il me semble que Tacite, décrivant les mœurs des Germains, n'aurait pas manqué de relever un pareil usage, s'il avait vu ou constaté quoique ce soit qui donnât l'impression d'un mariage par achat réel, ou en forme vraiment significative d'achat. Il a bien su observer et nous dire que les Germains, dans leur passion pour les jeux de hasard, allaient jusqu'à s'offrir eux-mêmes comme dernier enjeu et se laisser vendre « *alligari se ac venire patitur* » (*n° 24*). Comment ne l'aurait-il pas dit quant aux épouses germaines, pour lesquelles cet usage aurait été bien autrement visible et frappant (1)?

2° J'observe en deuxième lieu que, si la plupart des lois barbares nous parlent bien du *pretium nuptiale,* je n'en vois aucune parlant de vente, c'est-à-dire exprimant l'idée ou donnant l'impression d'une fille ou veuve *vendue* par son père ou par ses parents. Là où se serait rencontré un achat réel au vrai sens du mot, il appellerait l'idée de vente, et le mot même. Les Romains n'ont pas hésité à dire qu'on pouvait vendre ses enfants « *sanguinolentos* » comme ils parlaient de vendre les esclaves, ou parfois de se vendre soi-même. La loi des Wisigoths, d'ailleurs, à propos des mariages mêmes et du rapt, n'a pas hésité à rapprocher ici

(1) Qu'il ait mis quelque excès de sentiment et de poésie, dans sa description du mariage germain, nul n'en doute. Mais qui pourrait soutenir qu'il a méconnu les vraies apparences d'un mariage par achat, sans l'accuser d'aveuglement ou de mauvaise foi?

les mots de *vente* et de *pretium*, pour déclarer que le ravisseur, incapable de se racheter, pourrait être vendu (1) par châtiment.

Or je ne vois pas qu'on ait relevé chez les barbares cette expression de vente à propos de la femme épousée. Et, chose curieuse! Au moment même où la loi des Saxons vient de prononcer les termes : « *uxorem emere* » (à propos du *litus*) elle se trouve ajouter aussitôt : « *Sed non liceat ullam feminam vendere* ». Il y a donc là quelque chose qui n'est pas clair, et qui exige qu'on regarde de plus près à la vraie signification du mot *pretium*, ou même de ces termes spéciaux de la loi saxonne : *emptio* ou *emere uxorem* (2).

Eh bien! d'abord pour le terme même d'*emptio*, qui à première vue semble décisif, n'a-t-il jamais été employé, même en droit, que pour signifier un véritable achat? A Rome vous avez bien entendu parler de la *coemptio*, comme une des formes de mariage *cum manu!* Où trouver quelque texte ou indice établissant, je dis même plus, laissant supposer que, fût-ce avant les XII Tables, les pères vendaient réellement leurs filles ou que celles-ci se vendaient elles-mêmes sous l'*auctoritas tutoris*? — Et *familiæ emptor*, pour désigner anciennement l'héritier institué, était-ce aussi un vrai *acheteur* de l'hérédité (3)?

(1) L. W., L. III, t. 3, n. 5 (*Antiqua*) : « *tradatur ad integrum ita ut, vendito raptore, de ejus pretio æquales habeant portiones* ». — Id. L. Burgondes, XII, n. 3.

(2) Voici le texte Saxon : Tit. XVIII : *De liti conjugio*. — I. *Lito regis liceat emere uxorem, ubicumque voluerit*. II. *Sed non liceat ullam feminam vendere*. Ce texte parlant des lites (sorte de colons à demi-libres) veut marquer qu'ils ont liberté de se marier avec des femmes d'une autre terre, ou même d'une autre condition. Comment s'imaginer un lite achetant (dans le vrai sens du mot), une femme de condition supérieure? Tandis qu'il avait comme tout autre à remettre son présent coutumier de mariage. N'est-il pas clair, que ces mots : *emere uxorem*, n'ont d'autre sens que celui de « prendre femme » suivant l'usage saxon; avec la prestation coutumière, dont le sens reste à déterminer historiquement ?

(3) Voit-on même que, dans la Rome primitive, l'hérédité ait jamais pu

L'*emptio uxoris* de la loi saxonne n'est donc pas à lui seul une preuve de l'achat réel de l'épousée, même chez les Saxons. *Emptio* comme terme latin, n'a été mis que pour signifier « prendre femme », suivant l'usage saxon, et comme appelé par le mot *pretium* qui se rencontre aussi dans beaucoup d'autres lois. Et c'est sur ce terme de *pretium nuptiale,* que peut s'engager la discussion vraiment sérieuse à propos du mariage par achat; car il a été, lui, tout usuel, et il est certain que dans nombre de lois ce *pretium* signifiait un *versement réel.*

Oui, il y avait bien remise ou prestation aux parents, et qui s'accomplissait encore du VII[e] au IX[e] siècle, d'après ces lois mêmes. Les parents de la jeune fille recevaient un *pretium nuptiale*, dans maints pays de l'empire de Charlemagne, comme en Espagne. Et cela seul devrait bien nous donner quelque doute sur l'idée d'achat. — C'est qu'en effet *pretium* n'était qu'un mot d'une autre langue pour ces Germains. Or est-il si assuré que *pretium* dans les lois barbares n'ait qu'un sens possible et rigoureusement exact : celui d'un prix de vente, comme en un texte du *Digeste,* sous la plume de Paul ou d'Ulpien? On a rendu par là des idées et des termes germaniques, comme celui de *Witemon* chez les Burgondes, de *meta* ou *mitphium* chez les Lombards! Or, répondaient-ils bien dans les mœurs et l'esprit des barbares au sens précis d'un *pretium* romain ; et n'a-t-on

se vendre à l'héritier, quoiqu'on ait employé, pour la transmettre solennellement, la *mancipatio* et le *libripens* avec sa balance? Sûrement ce ne sont pas là des « survivances » de vrais achats primitifs, mais des procédés d'action juridique, où achat et vente ne sont qu'*imaginaria venditio*, comme le disaient eux-mêmes les Romains de leur *mancipatio.* — La *coemptio in manum* n'était sans doute pas autre chose; et qui pourrait affirmer que *coemptio* n'était là qu'un terme de lointaine « survivance », sans résoudre la question par la question? — Or, est-il bien sûr que la *desponsatio* des Francs *per solidum et denarium* ne dérivait pas aussi de quelque donnée de formalisme? Car, pour les traditions de choses, les Francs avaient aussi un procédé formaliste *per festucam atque per andelagum*. V. encore p. 379.

pu prendre ce mot dans la langue latine du Moyen âge avec quelque autre pensée? (1)

Il importe de remarquer tout d'abord que ce mot *pretium*, à Rome même, avait dans la langue usuelle un sens plus général et plus vague, que les barbares ont bien pu accommoder pour leur transposition. C'est le sens large d'avantage ou de profit, de valeur ou même de récompense, qu'enfermait ce mot de *pretium*. On en citerait nombre d'exemples dans l'ensemble des auteurs latins de l'époque païenne ou chrétienne. Eh! voyez donc, rien que dans la Germanie de Tacite « *nec ulla orbitatis pretia* » (2). — Chez nous encore, ce mot *prix* qui nous vient de Rome, n'a-t-il de sens que comme lié à ceux de vente ou d'achat? Nous l'employons à tout propos avec bien des nuances. Et, pour rester dans les sphères qui touchent au droit, n'y a-t-il pas nombre de services ou de bons offices, dont nous disons couramment qu'on reconnaît le *prix*, mais dont on s'acquitte en présents ou en honoraires sans qu'il se rencontre alors, ni en droit ni en fait, la moindre pensée d'achat ou de vente. C'est même encore un trait de nos mœurs qu'il est bien des conjonctures où, ne pouvant songer à un marché, nous reconnaissons un service par un cadeau. Toute la notion des donations rémunératoires, bien distincte en droit de la vente, repose précisément sur cette donnée sortie du cœur humain.

Eh bien! voici alors la vraie question. Ce *pretium nuptiale* des Germains n'était-il pas un présent coutumier, remis à la famille agréant la demande du

(1) Il suffit de lire attentivement la *loi Gombette* pour voir à combien d'applications diverses elle a fait servir le mot de *pretium*. Elle en parle aussi pour les hommes dans le sens de *composition* ou de *wergeld*. V. à cet égard le titre 52, si important comme rescrit burgonde au sujet du mariage, et où *pretium* est pris en plusieurs sens. Rien ne fait mieux sentir l'embarras de ces Germains à traduire en langue latine leurs sentiments ou leurs usages.

(2) (n° 20 *in fine*).

fiancé[1], bien plutôt qu'un paiement de prix répondant à quelque idée de vente dont la jeune fille aurait été l'objet? *Pretium nuptiale* peut avoir aussi bien signifié l'un ou l'autre. Qui a dit juste : de Tacite, ne nous parlant que de présents chez les Germains qu'il avait vus, — ou de tant d'historiens modernes, ne voulant y trouver qu'un prix d'achat comme chez des sauvages que, d'ailleurs, la plupart n'ont pas eux-mêmes observés?

Notre règle ordinaire, à nous autres juristes, pour apprécier toute opération qui touche au droit, c'est de regarder moins aux termes mêmes qu'au fond des choses. Appliquons-la donc à l'interprétation du *pretium nuptiale*. Pour moi, je ne saurais admettre pour justes les mots « achat de l'épouse », que s'ils correspondaient à l'idée usuelle d'une vraie vente : soit de la femme elle-même, soit de quelque droit, suffisamment déterminé et négociable, sur la femme. Or une véritable idée de vente et d'achat, nous ne pourrions la concevoir que de deux manières dont une seule, même, serait vraiment juridique.

Oui, ce peut être *achat et vente*, s'il y a acquisition à prix d'argent d'un objet ou d'un droit, que l'acquéreur puisse à son tour céder ou revendre. C'est bien ainsi qu'on entendait jadis la vraie vente d'un esclave, d'un enfant *sanguinolentus*, d'un débiteur. Or, nulle part, on n'a soutenu et on ne pourrait soutenir que le mari germain était en droit de revendre la femme épousée ou même de la céder publiquement à un autre mari, moyennant remboursement de son prix. De près ni de loin aucun texte germanique ne laisse supposer cette monstruosité chez les pères comme chez les maris. Il faut laisser de si misérables usages au compte des tribus sauvages d'Afrique, parmi lesquelles on

(1) Ou du *petitor*, ainsi que le dit la loi wisigothe, qui ne dit pas *emptor*. Nous disons encore le « prétendant », comme Homère le disait déjà, dans l'Odyssée, et pour Pénélope.

a pu, en effet, les constater, mais qui sont aussi des pays de traite des nègres et de polygamie.

Donc pas de vente, en ce vrai sens du mot. Mais il est encore un autre sens usuel des termes de vente ou d'achat, quoique beaucoup moins juridique. C'est celui d'une opération où domine l'idée de *trafic*, et que nous infligeons encore aujourd'hui, avec une pensée de blâme moral, à d'assez vilaines choses. Nous dirons encore en ce sens qu'il est des femmes qui se vendent et parfois même des père ou mère qui vont jusqu'à vendre leurs filles. Eh! ne le dit-on pas aussi bien des hommes, quand on prétend avoir vu acheter tel subalterne, tel journaliste ou parfois d'autres personnages encore. Oui, là, il y a de l'argent versé comme un prix, répondant à un marché, et qui nous semble bien impliquer certaine apparence de vente et d'achat. Mais quelle est alors l'idée, celle d'un trafic et le plus souvent d'un trafic honteux. Eh bien ! dira-t-on encore qu'il y avait en ce sens achat d'épouse en Germanie, que les pères vendaient leurs filles par vrai négoce?— Nous l'avons bien lu tout à l'heure, en effet, dans ce passage aventureux nous parlant des pères, *bons négociants*, qui savent faire monter *cette marchandise*. Mais je ne pourrai jamais croire, à moins d'autres éléments de preuves ou d'évidence, que même chez des peuples primitifs, comme étaient les Germains, à vie simple et honnête et pratiquant la monogamie, il fut d'usage régulier et constant de voir ainsi les pères et les maris débattre une vente de l'épouse. Et je vous demande encore, après ce que Tacite a décrit du mariage germain, après ce qu'il nous rapporte en outre du respect ordinaire et général de cette race envers les femmes, si, même en rabattant un peu de son enthousiasme, il est possible de s'arrêter à la pensée d'une pareille coutume de trafic matrimonial (1).

Il y aurait d'ailleurs un autre trait caractéristique de

(1) J'ajouterai même que les auteurs ne semblent pas avoir assez songé que si les pères vendaient ainsi leurs filles, il leur fallait donc aussi acheter

cette idée prétendue de vente, ou de trafic, qu'il faudrait prouver, chez les Germains. C'est la fille achetée et couramment livrée contre son gré par son père ou sa famille, comme une sorte d'esclave. Il en doit être ainsi là où se pratique quelque usage d'un achat réel. Et on l'a bien d'ailleurs constaté chez les sauvages d'Afrique. L'idée d'achat réel n'évoque-t-elle pas nécessairement comme une pensée d'enchère, où le mari serait le plus offrant, sans souci des sentiments de la jeune fille? Mais où voit-on rien de pareil dans ce qui nous est vraiment connu des Germains (1)? Et quelle qu'ait pu être, jusqu'à nos jours, l'influence parfois excessive des parents s'exerçant pour décider leur fille à un mariage qui lui répugne (car cela est de tous les temps), qui viendrait parler ici de mariage par achat, et qui pourrait même prouver que de tels abus étaient, en Germanie, beaucoup plus fréquents qu'aux époques qui ont suivi?

Donc si l'on va au fond des choses, on ne reconnaît pas ce qui dénote l'achat. Et, dès lors, je ne vois plus d'autre conclusion possible que celle-ci. Ce *pretium nuptiale* n'était autre qu'un présent ou cadeau dû en coutume et remis dans le plus vieil usage aux parents de la jeune fille, comme semblant répondre surtout aux idées suivantes :

1° C'est un *présent* d'abord *à raison du consentement*, que les parents avaient à donner au mariage et qu'ils auraient pu refuser. Je vous ai dit que, même sans admettre par toute la Germanie un *mundium* perpétuel sur les femmes, il était d'usage et de nécessité, qu'elles fussent gardées et protégées par leur père ou leurs proches. Pour épouser la jeune fille, il fallait donc, en coutume, la demander et s'entendre avec les parents. Sinon, nulle union régulière. Mais en vue d'obtenir leur agrément, l'idée

des femmes pour leurs fils. Et voit-on bien un état social et familial, tel que celui des Germains, ainsi fondé sur la vente des filles et l'achat des brus!

(1) Pas même chez les Saxons. — V. les textes, p. 355, en note.

d'un présent d'usage n'était-elle pas toute naturelle (1)? Si bien que l'expression a dû venir d'elle-même de voir dans le présent coutumier le « prix » de leur consentement. Et c'est ici qu'apparaît l'analogie manifeste de ce présent coutumier avec nos profits seigneuriaux du Moyen âge, qui n'ont jamais passé pour un vrai prix d'achat, quoiqu'on les appelât couramment aussi le prix du consentement seigneurial (2).

2° Mais il n'était pas seulement à regarder comme le prix d'une sorte de concession familiale. Et d'autres sentiments l'ont inspiré, même chez les Germains primitifs. C'est *l'homme* surtout *qui recherche et demande* la jeune fille; et toujours

(1) *Ut justum est*, dit la loi wisigothe, L. 3, t. 2, n. 8. « *Prius cum puellæ parentibus colloquatur et si obtinuerit ut eam uxorem habere possit, pretium dotis parentibus ejus, ut justum est, impleatur. Si vero hoc non potuerit obtinere, puella in parentum potestate consistat.*

(2) C'est une idée qui m'est revenue souvent que, là où le *pretium nuptiale* était vraiment fructueux aux parents, comme en récompense de la permission ou adhésion donnée par eux à la demande du jeune homme, il n'était pas sans grande ressemblance avec les profits d'un seigneur acceptant un nouveau tenancier. Nos anciens auteurs ne disaient-ils pas aussi, pour expliquer cette coutume féodale des *profits seigneuriaux*, qu'ils avaient pris naissance de *présents* d'abord offerts aux seigneurs pour obtenir leur agrément, puis peu à peu passés et taxés en coutume. Eh bien! il me semble voir un profit analogue dans le *pretium* des Burgondes ou des Wisigoths, et la taxation même de ce profit familial dans la loi des Saxons. C'est là une idée beaucoup plus naturelle que celle d'une vente de la jeune fille. Il y a comme une sorte de profit ou d'imposition prélevée par les parents ou les Seigneurs à l'occasion d'une permission ou d'un service dont ils disposent. — Et nous trouverions encore des exemples d'analogie dans notre société moderne, mais pour nos grands pouvoirs organisés d'Etat ou d'Eglise. Quoiqu'on ait à verser quelque argent pour y parvenir, qui parlerait juridiquement d'acheter une dispense ecclésiastique, ou la faculté de changer de nom! Et pourtant le mot acheter vient quelquefois sur les lèvres. — Quand nos étudiants, ayant dû mériter leur diplôme, ont à verser une somme notable pour le recueillir, on dira très bien qu'ils en acquittent *le prix;* mais dira-t-on qu'ils l'achètent? — C'est au lecteur de réfléchir sur tous ces rapprochements pour mieux comprendre qu'il ne faut pas toujours s'attacher à l'apparence des mots de *prix* et d'*achat* dans un langage barbare ou peu cultivé.

il a paru naturel qu'il songe à reconnaître *par gratitude* la satisfaction qu'il éprouve d'être accueilli. Cela était si vrai que le plus souvent son cadeau était double. Un présent d'abord à la famille qui lui accorde la jeune fille, et un autre présent, le lendemain, à la jeune fille qui s'est donnée. Celui-ci c'était le *morgengab*, et nous le retrouverons. Mais par tous les documents qui nous sont connus, il semble avoir été aussi ancien chez les Germains que le *pretium nuptiale*, à ce point que Tacite semble les avoir presque confondus. Or tous deux procédaient d'une inspiration analogue; ni l'un ni l'autre ne peuvent donner l'idée de vente et d'achat. Et, pour qui cherche à bien voir, le second doit singulièrement éclairer le premier (1).

3° Comment ne pas voir encore, dans le système général de la famille germanique, une raison nouvelle, à la fois de ce consentement familial et du présent d'usage? En accordant la jeune fille, les pères ou les frères agréaient le fiancé pour allié, et s'engageaient avec lui dans les devoirs de la solidarité familiale. Ces *considérations d'alliance*, qui ont encore quelque importance dans nos mœurs, en prenaient bien davantage alors dans les projets ou propositions de mariage. Les historiens, à commencer par César, nous le laissent assez entendre. Mais, un présent d'usage pour la famille qui vous agrée ainsi (et le plus souvent même quelque échange de présents), n'était-ce pas un sentiment bien naturel? Où trouver en tout cela des idées d'achat et de vente?

Voilà autant de mobiles simples et humains, expliquant la coutume du *pretium nuptiale*, et qu'on peut, tout en faisant la part des nuances, concevoir dans les humbles familles comme dans les grandes, puisque la solidarité familiale dominait tout. Mais je veux bien que certains des sentiments invoqués plus haut, paraissent un peu trop délicats

(1) V. ce qui sera dit plus loin à ce sujet, p. 420 et s., où l'étude de la *dos ex marito* et de ses origines sert de complément nécessaire et important à cette discussion sur l'achat prétendu des femmes en Germanie.

ou trop relevés pour la masse des anciens Germains. Et, qui se rend compte d'une coutume générale, doit se l'expliquer par des raisons qui conviennent à toutes les classes d'une société.

4° Eh bien! J'admettrai volontiers encore, pour la masse, une raison nouvelle et plus positive du *pretium nuptiale*, celle d'être un dédommagement pour les parents qui ont, jusqu'à son mariage, élevé et gardé la jeune fille et qui vont perdre son concours, à l'âge où il est devenu plus utile. Certes il est possible que cette idée de *dédommagement ou de rémunération* soit entrée dans le présent d'usage, quoiqu'aucun texte germanique, à ma connaissance, ne soit cité, comme l'exprimant. J'y crois d'autant plus qu'on entendrait bien encore certains raisonnements de ce genre entre ouvriers ou paysans de nos jours, à l'heure des arrangements matrimoniaux. Mais parlons-nous pour cela d'acheter ou de vendre, en mariage, les filles qui sont épousées comme ménagères?

Enfin, pour toutes ces raisons, je conçois bien que le *pretium nuptiale*, au lieu d'être un simple présent purement gracieux et volontaire, ait pu être débattu d'ordinaire entre les familles comme une condition du mariage, et qu'il ait été tarifé même, en certaines coutumes germaniques, à défaut d'une convention formelle. Est-ce que l'on n'a pas vu de tout temps (souvent même encore de nos jours), des pourparlers divers d'intérêt, d'où peut dépendre la conclusion du mariage, et qui viennent s'adjoindre ou se heurter au sentiment qu'éprouvent les fiancés? Est-ce que les Romains n'ont pas débattu sur la dot et plus tard aussi bien sur la *donatio ante nuptias?* Qui a jamais parlé, au point de vue du droit, de mariages par achats et ventes, même au sujet de ceux qu'on voit le plus fortement teintés d'intérêt ou gâtés par l'argent (1)?

(1) A Rome aussi le mariage *sine manu* ne se faisait pas sans une *datio*, mais reçue par le mari ou le père du mari. On se serait gardé de prendre

Ainsi ne parlons pas pour ces Germains même les plus lointains, de « mariage par achat ou trafic ». C'est le fond des choses qui doit l'emporter sur les apparences; et quelle faible apparence que ce mot *pretium nuptiale!* — Car, au fond, chez ces Germains, qui pratiquaient la monogamie, de quoi s'agissait-il à l'époque du mariage et lors de cette remise du *pretium nuptiale,* pour celui qui se fiançait? Etait-ce d'acheter une esclave? Etait-ce de louer à prix d'argent une servante? Ou bien s'agissait-il, avant tout de prendre une compagne destinée à être la mère de ses enfants, comme Tacite l'a si bien fait comprendre, et comme rien de l'histoire, qui s'est déroulée ensuite, ne l'a démenti? Oui, à coup sûr, si humble que fût leur condition, si chétive ou même grossière que fût leur existence, si subordonnée que devînt la femme, attachée aux moindres besognes du ménage, l'homme n'en avait pas moins obéi pour s'unir ainsi à des sentiments de fiancé, de mari et de père. C'est l'*animus donandi* qui en résulte pour son *pretium nuptiale* et non pas l'*animus emptoris.* Et pourquoi s'imaginer que les primitifs, tout simples et rudes qu'ils pouvaient être, avaient, à défaut d'autant d'esprit, le cœur si autrement fait que nous? — Ce n'est pas là ce qu'a vu Tacite, qui leur a reconnu beaucoup de cœur, même un peu trop de délicatesse et de poésie, encore que les chants scandinaves des Eddas en témoignent beaucoup. Aussi n'a-t-il observé et rapporté que des présents de noces ou *dons de fiançailles.*

D'autres témoignages, venus d'ailleurs, concordent pour détruire toute cette fausse légende de l'achat des femmes parmi les peuples dont nous descendons. Je pourrais vous

une femme sans sa dot, qu'on ne se faisait pas défaut de rechercher et de débattre. Qui se serait pourtant avisé de voir juridiquement un achat des maris, à raison de cette *datio dotis,* encore que Plaute ait pu dire avec quelque vérité :

Heu! dotem accepi; dote imperium vendidi!

le montrer dans *Homère* (1); mais je m'en tiens ici à la Bible. Les savants, qui nous ont rappelé Jacob n'obtenant Lia, puis Rachel qu'au prix de deux fois sept ans de services, n'auraient-ils pas été mieux inspirés d'y voir autre chose qu'un mariage par achat, sentant le louage ou le négoce? Eh! n'est-ce pas au contraire un des témoignages, les plus extraordinaires et touchants, des sacrifices qu'on a vu de tout temps bien des hommes s'imposer pour mériter ou conquérir leur fiancée? Ils ont oublié, ces savants, que

(1) Dans les épopées d'Homère, quoiqu'on ait dit, je n'ai pu trouver trace de l'idée du mariage par achat. L'Iliade ou l'Odyssée ne parlent jamais que de présents de fiançailles, remis soit à la femme épousée, soit à ses parents et qui portent le nom particulier d'ἔδνον, toujours précédé du verbe *donner*. — Lorsqu'Agamennon (*Iliade, Ch^t. IX*) parle d'apaiser Achille et d'en faire son gendre, que dit-il? « De mes trois filles, qu'il conduise au palais de Pelée celle qu'il voudra, sans lui faire de *présents*. C'est moi qui ferai des *dons*, tels que jamais père n'en fit de pareils à sa fille ». — Andromaque parle aussi au *Ch^t. XXII* du jour où Hector l'emmena du palais d'Eétion *après l'avoir comblée de présents*. — C'est le même langage dans l'Odyssée, et à diverses reprises. Dès le premier Chant sitôt qu'il est question d'un nouveau mariage de Pénélope avec quelqu'un des prétendants, Minerve dit à Télémaque : « Que ta mère, si en son âme elle désire un nouvel époux, retourne dans le palais de son père... C'est là... qu'on préparera les *dons nombreux* que doit recevoir une fille chérie ». Nulle part il n'est question de remarier cette veuve avec des caractères ou des formes d'achat. — C'est au sujet des femmes devenues captives de guerre (cas fréquent dans Homère), qu'il est parfois question de les acheter ou céder par vente, comme concubines. Briséis n'est pour Achille que sa captive. Là où ce contraste se montre bien entre l'épouse et la captive, c'est au sujet d'Euryclée (*Ch^t. 1, in fine*) servante de Laerte et de Télémaque, et captive achetée quoique honorée dans la maison. « Jadis Laërte l'acheta dans la fleur de sa jeunesse au prix de vingt taureaux et l'honora dans son palais... C'est elle qui accompagne Télémaque... elle, de toutes les captives qui le chérit le plus, et qui, enfant, lui a donné des soins ». Voilà une femme achetée, et le texte dit bien « πρίαμαι » ce qu'il ne dit jamais pour l'épouse. — Au surplus je n'ai rien lu dans Homère, qui donne une impression différente de la Bible ou de Tacite. C'est bien le même fonds et la même expression de sentiments naïfs, mais élevés, sur la famille et le mariage. C'est, à mon sens, travestir Homère que de présenter les choses autrement.

Rebecca s'était mariée elle-même à Isaac, avant d'envoyer leur fils Jacob chez Laban ; et que, d'après la Bible même, lorsque Eliézer, chargé de demander Rebecca la rencontra serviable et gracieuse à la fontaine, ce qu'il lui apportait, c'étaient aussi des présents, à elle comme à ses père et mère, et non un prix d'achat (1). Or ne voyez-vous pas encore cette rencontre de la Bible avec l'observation de Tacite? Et j'en pourrais citer d'autres encore dans ces livres de Moïse, qui datent pourtant de plus de trente siècles tout en rapportant des traditions bien plus anciennes. Oui plus de trois mille ans! Eh! n'y a-t-il pas là de quoi faire réfléchir nos savants d'aujourd'hui, qui prétendent que leur science toute moderne, avec sa grande hypothèse de l'achat de femmes, a mis enfin le doigt sur l'une des coutumes primitives et universelles de l'humanité?

Mais, si j'y insiste, c'est encore pour une autre raison, c'est que vous devez sentir, par le souvenir de la Genèse, comment les Germains, sitôt leur conversion, se sont mieux reconnus dans les récits naturels et touchants de la Bible, que dans les combinaisons systématiques et artificielles de la *Potestas* et de la *dot romaine*. C'est là qu'ils ont retrouvé l'image embellie et vénérée de leurs sentiments et

(1) Genèse, *Ch. 24*, ou il faut lire tout le récit du voyage et de la demande d'Eliezer se terminant ainsi : *Suspendi itaque inaures ad ornandam faciem ejus, et armillas posui in manibus ejus*, v. 47. — Et v. 53 : *Prolatisque vasis argenteis et aureis ac vestibus, dedit ea Rebeccæ pro munere, fratribus quoque ejus et matri dona obtulit.* Toujours l'idée de présents ou *munera* comme dans Tacite. — Et comme les v. 57 et 58 spécifient bien le consentement de Rebecca ! « *Et dixerunt : Vocamus puellam et quæramus ipsius voluntatem... Vis ire cum homine isto? quæ ait; Vadam.* — Où donc est l'achat ou vente en tout ceci, comme dans les mariages de Jacob lui-même, ou dans le récit du rapt d'une des filles de Jacob par Sichem? Celui-ci se borne à dire : « *Augete dotem et munera postulate, et libenter tribuam quod petieritis. Tantum date mihi puellam hanc uxorem.* Voit-on là, qu'aux fils de Jacob il soit parlé d'acheter leur sœur, tandis que quelques pages plus loin (*Ch. 37-41*) la Bible sait bien nous les montrer vendant leur frère Joseph : « *Vendiderunt eum vigenti argenteis* ».

de leurs usages; et c'est aussi pourquoi ils ont reçu si aisément l'Écriture sainte, plutôt que le droit romain, comme directrice de leur coutume matrimoniale.

Pour achever de vous montrer cette rencontre, je n'aurai qu'à vous citer encore quelques vers des *Eddas*, ces chants héroïques de la Scandinavie, d'une inspiration si étrange et souvent si haute, qui passent, non sans raison, pour le plus pur des antiques légendes germaniques. — Il y est sans cesse parlé, comme dans Tacite, des devoirs de solidarité familiale. On y sent aussi cette influence active des femmes excitant les hommes aux guerres et aux vengeances, comme on y voit les vierges honorées d'un amour aussi respectueux que passionné. — Or, pour les mariages, on retrouve le consentement familial du père ou du frère, avec les présents qui leur sont faits et le *morgengab* destiné à la jeune fille. Là aussi les traducteurs y ont vu même ce terme « d'acheter » comme dans les lois des Saxons et des Anglo-Saxons, ces Germains du Nord. Mais voyez bien aussi en quel sens! Dans l'un des chants de Sigurd (celui de Tafnir), quand les aigles lui chantent leur conseil d'épouser Brunechild, comment lui parlent-ils?

« Je connais une femme admirablement belle, toute brillante d'or. Ah! si elle pouvait être à toi! De verts sentiers conduisent vers Guiki (son père). Le destin montre le chemin au voyageur. Ce bon roi a une fille. *Par le don des fiançailles, Sigurd, tu peux l'acheter.* »

Eh bien! vous l'entendez: « *Don de fiançailles, — Acheter* ». Les deux mots, qui pour nous expriment tant d'antithèse, s'y retrouvent à la fois et reliés ensemble. Mais, à relever ce passage et le chant tout entier, quel est donc le sentiment qui l'emporte? Est-ce un *achat* réel, ou n'est-ce pas plutôt *présent* coutumier?

C'est la thèse du mariage, commençant par être un véritable achat de la femme, que j'ai dû surtout discuter ;

parce que de nos jours, avec l'envahissement des comparaisons sociologiques tirées de l'état sauvage (1), c'est bien cette thèse de l'achat réel, présenté comme la coutume primitive, qui semble gagner du terrain. Et l'*achat symbolique* n'en aurait été, dit-on, qu'une survivance.

Mais, pour ce qui concerne *les Germains*, à travers les exposés souvent rapides et parfois obscurs, qui leur prêtent cette coutume générale de l'achat, il est une thèse moins excessive et plus subtile, que j'entrevois présentée à peu près ainsi. Aux temps de Tacite et des invasions, leur mariage par achat n'aurait été qu'une pratique coutumière destinée à assurer *un transfert de puissance* sur l'épousée. Si donc les Germains parlaient encore de se laisser acheter leurs filles, c'était moins pour les vendre en trafiquant d'elles, que pour se dessaisir formellement de l'ensemble des droits compris dans le *mundium* familial, et le faire passer régulièrement au mari. Il n'y aurait eu là qu'une suite juridique de leur conception générale du *mundium* sur les femmes. Et ainsi quoique, chez certains peuples, la famille en tirât bon parti pour débattre et recevoir une forte prestation à titre de *pretium,* ce n'était du moins que faire payer au mari l'acquisition régulière de ce *mundium* qu'il lui fallait bien obtenir en vue de son ménage.

Vu de la sorte, l'achat et le *pretium emptionis* n'aurait plus rien de bas et d'immoral, mais dériverait de la forte constitution de la famille germaine. Il appellerait même aussitôt l'analogie de la *coemptio* romaine, comme solennité. Et c'est bien l'idée que P. Gide a rendue d'un mot quand il écrit : « A prendre à la lettre les plus anciens textes du droit barbare, la femme germaine aurait été, non point dotée, mais vendue au mari... Mais il ne faut voir là qu'une sorte de *coemptio* romaine, c'est-à-dire un pur symbole auquel ne répond plus aucune réalité ».

Aucune réalité ! Mais il subsistait pourtant cette remise

(1) Ou, comme on le dit maintenant par euphémisme, les *non-civilisés*.

d'un *pretium*, souvent considérable à en juger par les textes saxons. Et ce paiement d'un *pretium* ne s'aperçoit nullement dans la *coemptio* romaine; si bien que ce rapprochement par analogie ne l'explique pas. — Ceux qui, hantés des souvenirs de la *coemptio propter manum*, ne veulent voir dans l'achat germanique qu'*un procédé* de transmission du *mundium*, oublient en outre, à mon sens, deux choses : 1° qu'il y aurait là quelque artifice ou construction juridique, bien trop savante pour ces barbares d'avant les invasions; 2° que leurs coutumes n'offrent aucun autre signe confirmatif de ce procédé prétendu de transmission. A Rome, nous la voyons bien, cette invention toute juridique, puisque c'était un procédé général de recourir à l'*imaginaria venditio* pour un grand nombre de transmissions; puisqu'en outre l'absence de prix véritable dans la *mancipatio* ou la *coemptio*, dénote clairement que la vente *apparente* n'est ici qu'un procédé. Mais chez les Germains où trouver une autre application de *venditio imaginaria* ou d'achat symbolique pour confirmer cette hypothèse que leur mariage-achat n'aurait été qu'un procédé ou un symbole?

Il faut donc bien revenir toujours à cet élément significatif d'une prestation réelle et sérieuse dans la conclusion du mariage germanique et nous expliquer ce *pretium nuptiale* comme formant une condition certaine et capitale de la *desponsatio*. Que ce *pretium* soit versé par le fiancé pour obtenir la femme elle-même, ce qui est l'idée simple et naturelle, ou pour obtenir sur elle le prétendu *mundium*: qu'importe au fond cette distinction subtile? Le gros point d'interrogation demeure toujours le même : est-ce à titre d'achat ou de présent qu'il remet ce *pretium?* Et tout l'ensemble de raisons, que nous avons déduites, doit nous conduire à n'y voir qu'un présent coutumier, formant à la fois, don de fiançailles et profit familial (1).

(1) Supposer au temps de Tacite (qui n'en aurait rien vu) une organi-

Une seule coutume barbare pourrait à première vue évoquer quelque idée d'une forme symbolique d'achat : celle des Francs Saliens avec leur *desponsatio per solidum et denarium*; (quoique ce sou et denier représentât encore la valeur d'une tête de gros bétail, et ne fût plutôt que l'ancien présent coutumier taxé en réduction). Mais comment y voir une transmission de *mundium* au mari par achat symbolique, quand les *formulæ Salicæ,* qui nous font seules connaître cette forme de *desponsatio*, ne font nulle allusion à cette donnée de transmission? Est-il permis de lire ces simples mots « *Quum te per solidum et denarium desponsavi*, comme s'ils voulaient dire : « maintenant que par le sou et denier je me suis fait transmettre le *mundium* »? Et le peut-on, lorsqu'en outre tout l'ensemble de la formule résiste à cette idée même d'un *mundium* sur la personne et les biens de l'épouse? (1)

Ainsi toute cette explication du *pretium nuptiale,* qui veut combiner des analogies savantes de *coemptio* romaine avec des traditions réalistes d'achat purement barbare, demeure obscure et problématique. Et je persiste à croire plus simple et plus juste de voir, dans le *pretium* de nos Germains, une antique coutume de présents dus par le fiancé, comme une suite de ces sentiments naturels et naïfs, mais nullement grossiers, qu'inspirait le mariage en ces temps primitifs, d'après la Bible et d'après Homère comme d'après Tacite.

sation coutumière du *mundium* pour en voir aussi la transmission juridiquement organisée, c'est toujours imaginer chez les barbares plus de *coutume juridique* qu'ils n'en pouvaient avoir, et la présenter en outre comme bien trop générale parmi eux. Un *mundium* ainsi compris et transmis ne peut s'entrevoir qu'au VIIe siècle, dans la législation lombarde, au IXe dans la loi des Saxons, comme un droit qui s'est articulé chez quelques peuples distincts. Et encore les Saxons sont-ils les seuls à avoir employé l'expression : *emere uxorem.*

(1) V. ce qui sera dit p. 397 et s. sur cette question du *mundium* chez les Francs, et sur leurs formules Mais n'est-il pas clair que *desponsare* n'a jamais voulu dire que « *fiancer* »?

APPENDICE

Sur les usages observés à Madagascar.

Nous avons pour les diverses populations de Madagascar, des documents multiples, et surtout des rapports de chefs de service, administrateurs et officiers rassemblés ou résumés dans le *Guide de l'Immigrant à Madagascar*, qui vient d'être publié en 1899 sous les auspices du général Galliéni, gouverneur général.

Or, on ne trouverait aucune allusion à de véritables pratiques ou données d'achat de l'épouse, dans tout ce qui a été relevé sur les coutumes de mariage, au chapitre de l'Ethnographie. L'usage assez uniforme de ces peuplades nous apparaît pourtant voisin de ce qu'on peut bien considérer comme étant l'un des plus véridiques états de nature. Et voici comment il nous est présenté.

Les enfants vivent en grande liberté, s'élèvent à peu près seuls, les filles mal gardées. Aussi filles et garçons se sont-ils connus d'ordinaire avant de songer à parler de mariage. Quand l'idée leur vient de s'unir ainsi plus régulièrement, le jeune homme ou ses proches vont trouver les parents de la fille qui ne l'accordent qu'après l'avoir consultée elle-même. Et alors le fiancé donne à ses beaux parents (en dehors des cadeaux de *lambas* faits à la fiancée), une légère rémunération appelée *vody-ondry*, ou ailleurs *vodi-akoho*, dont l'origine paraît être quelque représentation en argent des morceaux de choix, qui leur étaient réservés aux festins de noces. La remise de ce *vody-ondry* est, dit-on regardée comme une formalité essentielle, en signe du consentement familial.

Le mariage est du reste aussi peu stable qu'aisément conclu. La liberté des ruptures est réciproque ; et on les dit fréquentes, notamment pour inconduite de part ou d'autre. Les observateurs s'accordent même à relever que les unions ne semblent devenir stables et ordonnées qu'à un âge plus avancé, lorsque les intérêts des époux sont devenus tellement liés que la rupture semblerait pleine d'inconvénients. On semble enfin avoir constaté que l'usage entre époux est de tenir les fortunes, les acquisitions surtout, pour communes, avec partage en cas de mort ou de rupture. C'est la

femme qui, durant l'union a mission d'encaisser les profits et de garder soigneusement la clef.

Rien n'y donne donc l'impression des filles et des femmes si dépendantes ou asservies. Et voilà pourtant ce qu'on y a observé de divers côtés, comme on a observé aussi chez ces peuplades (Hovas, Sakalaves et autres) beaucoup de souci des coutumes funéraires et un grand respect pour les morts ou pour le souvenir des ancêtres, qui semble être le principal de leur religion (Voir sur tous ces points le tome I, p. 295 et s., mais surtout, p. 322 à 325, p. 344 et s., p. 352, et encore p. 372 à 376).

Eh bien ! Je n'hésite pas à dire que ces mœurs matrimoniales, pour misérables qu'elles soient, m'apparaissent plus près de la nature et de l'humanité primitive que les usages relevés chez les nègres d'Afrique et où se manifeste l'effet des corruptions et dégradations venues de l'esclavage et de la traite, qui ont dû conduire aussi à la vente réelle des femmes. A Madagascar, et quoi de plus naturel ! c'est la fille qui se marie de son gré avec le garçon qu'elle connaît d'enfance ou de voisinage. Et l'intervention des parents n'apparaît bien que comme une permission d'union régulière, récompensée par des marques de gratitude et des cadeaux de fiancé. Aucun des administrateurs et officiers n'a parlé d'achat.

Or, si parmi les Germains, comme chez les Hébreux ou les Hellènes des temps anciens, les vierges nous sont données pour mieux élevées et mieux gardées, et si, dès lors, le consentement familial a dû avoir bien plus d'importance et de prix dans les mariages, en peut-on voir d'autre raison qu'un progrès ou une supériorité manifeste de moralité ? Mais cela même résiste à l'idée de voir le mariage débattu et conclu chez eux à titre de marché, comme s'ils n'avaient mieux gardé leurs filles que pour les mieux vendre. — Est-ce que chez eux d'ailleurs, comme en tous les temps, le fait ordinaire ne devait pas être, qu'entre gens du même village ou de la même contrée, filles et garçons se fussent d'abord convenns l'un à l'autre avant demande ou fiançailles? Eh bien ! dussè-je passer pour un utopiste, je ne puis me faire à cette idée que les hommes, même aux époques primitives, ayant dû commencer par connaître et aimer leur mère, par être élevés au milieu de leurs sœurs ou autres fillettes du voisinage, aient pu ainsi *naturellement* s'accoutumer à ne voir, au jour de leur mariage, qu'une femme à acheter pour se faire ensuite eux-mêmes trafiquants de leurs filles ou de

leurs sœurs. La notion des présents de mariage se conçoit mieux comme *naturelle*, et non moins naïve; et je m'y tiens.

III

En considérant, comme nous l'avons fait, le caractère de l'intervention et du consentement familial il nous sera plus aisé de comprendre l'*ensemble des usages*, relatifs à la *conclusion du mariage*, que nous font apparaître, chez les Germains passés en Gaule, lois, formules et historiens. Ils sont postérieurs aux invasions sans doute, mais ne font que continuer la tradition antérieure, sauf quelques innovations coutumières faciles à comprendre.

S'agissait-il d'abord d'une *jeune fille*: au milieu des fêtes ou actions multiples qui occupaient toute une famille à l'occasion d'un mariage, trois usages se présentent surtout comme ayant couleur juridique. La *desponsatio*, la *dotatio*, la *tradition matrimoniale* de la femme au mari (1).

La *desponsatio*, c'était l'engagement préalable et réciproque du fiancé avec la fiancée en présence de leurs familles. C'est là que les parents, du moins ceux de la jeune fille, avaient à jouer un rôle principal, parce que leur consentement était nécessaire pour une *desponsatio* régulière. Alors aussi était convenu et parfois remis le *pretium nuptiale*, partout où il se conservait dans la loi ou la coutume. Dans l'usage qui semble avoir été particulier aux Francs, la *desponsatio* se marquait d'ailleurs par *solidum et denarium* qui sans doute n'a été qu'une réduction coutumière du *présent nuptial*. — Il paraît certain que cette *desponsatio*, donnée toujours comme intervenant entre jeunes gens d'âge à se marier, avait plus de force obligatoire que les fiançailles du droit romain ou de l'ancienne France, conclues souvent avant l'age nubile. Si la *desponsatio* n'avait pas eu

(1) Traits qui se retrouvaient de même à Rome, avec cette différence que la *dotatio* y était entendue bien autrement.

lieu et si la jeune fille avait suivi le mari de force ou de plein gré, c'était alors un *rapt* (rapt envers la famille) exposant à la vengeance privée ou à des peines graves, et pouvant donner lieu de contester le lien de famille contre de tels époux et leurs enfants. Du moins en était-il ainsi tant que le rapt n'avait pas été purgé et réparé par bonne entente, avec paiement d'une composition et règlement des accords matrimoniaux (*pretium ou dotatio*). Vous le verrez chez les Wisigoths, chez les Burgondes et aussi chez les Francs, notamment dans la formule 16. L. 2 de Marculf [1].

La *dotatio* accompagnait ou suivait de près la *desponsatio*, comme assignation d'une *dos* par le mari à sa future épouse; car, rien n'apparaît de la constitution de dot romaine dans tous ces documents germaniques. Et nous y reviendrons bientôt amplement. — Voilà les deux préliminaires du mariage ayant un caractère vraiment juridique, tels que les diverses lois barbares nous les font entrevoir et que la loi Ripuaire viendra magistralement les rappeler au § 1 de son titre *De dotibus mulierum* [2].

La *tradition matrimoniale* venait ensuite, parfois après un intervalle assez long [3]. Et j'entends par là, non pas la tradition juridique propre aux transmissions des biens, mais cette remise ou abandon de la vierge à son fiancé, analogue à la déduction *in domum* des Romains et le plus souvent accompagnée de fête ou de festins, qui annoncent le commencement de la vie commune et l'état de mariage. C'est là encore une coutume toute naturelle, que certaines lois barbares mentionnent aussi [4]. — La loi Ripuaire n'en parlera pas, ni les formules de l'époque franque,

(1) V. de même dans la *Genèse* le récit de l'enlèvement de Dina, rappelé plus haut.

(2) V. le texte entier, p. 447.

(3) Il semble que des lois barbares, à l'imitation des lois du Bas-Empire, aient accordé un délai de deux ans au fiancé pour donner ou devoir suite à la *desponsatio*. — V. *Rotharis*, 178.

(4) Ed. Rotharis, n. 178, 183, 188. — L. Wisigothe. L. III, I, n° 2.

mais il faut tenir compte alors de l'action chrétienne, qui, enseignant l'union devant Dieu, a introduit l'usage religieux de la bénédiction nuptiale. Et nous n'avons qu'à regarder aux *formulæ Salicæ*, qui nous sont données comme du VIII[e] siècle, pour y lire clairement que l'état de mariage avec l'acquisition de la *dos* ne sont plus rattachés à quelque ancien usage de tradition matrimoniale, mais bien à la conclusion religieuse du mariage : « *quandoquidem dies nuptiarum evenerit et nos Deus insimul conjunxerit, ab ipso die hoc habeas teneas et possideas*, etc. »

Telle est la coutume du mariage pour la jeune fille, et on la retrouve toute entière dans les formules qui nous sont restées (1).

Pour les cas, bien plus rares parmi les Germains, *d'une veuve se remariant*, nous n'avons que peu de données. Mais rien ne nous laisse supposer que l'ensemble des conditions du mariage ait été si différent. *Desponsatio et dotatio* s'y retrouvaient tout aussi bien; et la loi Ripuaire disant : « *Si quis mulierem desponsaverit* » parlera en termes généraux, convenant à toute épousée.

Il semble seulement que la veuve n'était pas aussi strictement soumise à la nécessité d'un consentement de ses propres parents pour la *desponsatio* (2). — Mais chez les Francs, du moins dans leur vieille loi Salique, nous trouvons cette singulière coutume du *Reipus*, qui dut sans doute disparaître peu après l'invasion, puisqu'elle ne se retrouve ni dans la loi Ripuaire, ni dans les formules franques. « Trois sous et un denier » devaient être remis aux proches parents du premier mari par le second, et remis solennellement *in mallo*.

(1) V. notamment toute la formule 7, de Lindenbrog (dans Zeumer). Nous retrouverons bien les trois usages : *Desponsatio, Dotatio, Traditio,* dans le récit de Grégoire de Tours sur le mariage de Rigonthe, fille de Chilpéric et de Frédégonde, V. p. 437.

(2) V. p. 353.

Je vous ai dit déjà ce que l'on a parfois imaginé d'y trouver : une revente symbolique par la famille du mari, survivance de quelque vraie revente primitive. Je n'y vois, pour mon compte, qu'un usage plus naturel et bien plus simple : celui de marquer ainsi, par cette remise faite *in mallo*, l'entente et la satisfaction fournie par le nouveau mari à la famille dont la veuve va se détacher. Et il suffit de réfléchir un moment sur cette situation même, pour comprendre que, veuve ayant ou non des enfants, elle avait le plus souvent des questions d'intérêt ou de convenance à régler avec les parents de son mari, ne fût-ce qu'à raison de la *dos* qui lui avait été constituée, ou du mobilier de ménage qu'elle avait elle-même apporté et auquel se rattachent tant de souvenirs, jusque dans les ménages les plus humbles. N'y avait-il pas encore la question de solidarité familiale, pour elle et les enfants, vis-à-vis de ces parents, dont elle s'éloigne? Il paraissait bon que l'entente fût assurée et publiquement affirmée sur tous ces points, pour qu'elle demeurât en paix avec eux. De là cet antique *reipus* remis *in mallo*. Et cela est si vrai qu'un capitulaire salique (1),

(1) C'est ce 1er cap., si important en son *n° 7*, dont je donne ici le texte entier, qui devra plus d'une fois être invoqué.

N° 7. — *Si mulier vidua post mortem mariti sui ad altero marito se dare voluerit, prius qui eam accipere voluerit, reipus secundum legem donet.*

Et postea mulier, si de anteriore marito filios habet, parentes infantum suorum consiliare debent. Et si in dotis 25 solidos accepit, 3 solidos achasium parentibus qui proximiores sunt marito defuncto, donet; hoc est si pater aut mater desunt, frater defuncti aut certe nepos fratris senioris filius ipsis achasius debetur; et si isti non fuerint, tunc in mallo judici, hoc est comite aut grafione roget de eâ, in verbum regis mittat, et achasium quem parentibus mortui dare debuerat, parti fisci adquirat. — Si vero 63 solidos in dotis accipiat, solidi sex in achasium dentur, hoc est ut per decenos solidos singuli in achasium dentur. — Sic tamen ut dotem quam anterior maritus dedit, filiis suis post obitum matris sine ullum consortium sibi vindicent ac defendant, de qua dote mater nec donare præsumat.

Certe si mulier de anteriore marito filios non habuerit et cum dote sua ad alias nuptias ambulare voluerit, sicut superius diximus, achasium donet.

Et sic postea scamnum cooperiat et lectum cum lectaria ornet et ante novem

l'affirmera en édictant que la veuve elle-même, (en dehors du *reipus* remis par son nouveau mari), devait abandonner aussi une partie de sa *dos* (*in achasium*), sans compter d'autres arrangements relatifs au mobilier de ménage. Mais pourquoi? ce vieux texte nous le dit bien en marquant ce que la veuve devait déclarer : « *Omnes mihi testes sitis, quia in achasium dedi ut pacem habeam parentum* ». Voilà bien l'idée naturelle et humaine de ces peuplades simples et naïves, mais nullement sauvages. Eh! ne voyez-vous pas combien ce texte précieux (car c'est bien un texte, celui-là!) nous éloigne et peut servir à nous délivrer de cette imagination étrange, qui nous présente la femme germaine réellement achetée une première fois, puis revendue avec *mundium* par les proches de son mari!

IV

Le mariage est formé. Nous en suivrons bientôt les effets d'après la coutume franque. Mais voyons d'abord ce qui concernait *sa dissolution*. Et puisque la question capitale revient toujours ici, de savoir s'il pouvait y avoir rupture du mariage avant la mort, et surtout rupture volontaire, examinons ce que les Germains, en leur tradition propre, pouvaient connaître et pratiquer comme *divorce* ou *répudiation*. Là aussi nous ne trouverons d'abord à observer qu'un état des mœurs, sans coutume juridiquement établie.

Tacite n'a rien précisé à cet égard. On voit bien, par toute sa description, que le mariage en Germanie ne se rompait pas aussi légèrement que dans la société romaine de son temps. Mais il est demeuré muet sur le divorce. Tout ce qu'on peut induire de ses observations, c'est qu'assurément

testes parentibus defuncti invitat et dicat : « Omnes mihi testes sitis, quia et achasium dedi ut pacem habeam parentum, et lectum stratum et lectaria condigna et scamnum coopertum et cathedras quæ de casâ patris mei exhibui hic dimitto ». Et hoc liceat cum duas partes dotis suæ alio se dare marito. — Si vero istud non fecerit, duas partes dotis perdat et insuper fisco solidos 63 culpabilis judicetur.

le châtiment de l'adultère des femmes, tel qu'il le rapporte, impliquait droit de répudiation pour le mari.

Dans les *deux lois franques,* nous ne voyons pas davantage qu'il soit question du divorce, ni même de répudiation *ex marito.* Mais il est d'autres lois barbares qui parlent de divorce, notamment celles des *Burgondes* et des *Wisigoths.* Chez les *Francs* d'ailleurs d'autres documents nous en rapportent des exemples. Et nul doute qu'avant le Christianisme, aucun principe ne s'opposait à l'idée d'une rupture volontaire précédant la mort. Seules, les mœurs pouvaient y répugner plus ou moins.

Que pouvons-nous donc constater ou conjecturer pour les Germains, d'après l'ensemble des documents que nous possédons? Voici ce que j'en induirai.

1° Que, *du côté du mari*, la répudiation était admise sans doute, mais tenue seulement pour légitime quand elle était fondée sur de justes motifs.

2° Que, *du côté de la femme*, elle n'était pas reçue dans les mœurs, du moins voulue par elle seule et sans l'intervention de sa famille.

3° Q'ils ne répugnaient pas sans doute au *divorce par entente mutuelle*, mais qu'ils ne l'ont guère connu et distingué que plus tard.

La répudiation par le mari était possible dans leurs coutumes, même en dehors du cas d'adultère. On le verrait dans la loi des Bavarois et aussi dans la loi des Lombards, mais toujours avec cette restriction nettement affirmée que le mari devra une forte composition s'il a renvoyé sa femme, *propter invidiam* ou *sine causa legitima, sine vitio.* Et cette composition doit être payée aux parents, qui, seuls alors, peuvent défendre et sans doute recueillir l'épouse injustement renvoyée(1).

Mais la plus explicite et la plus remarquable de tous

(1) L. Bavarois, 7-*14 : Si quis liber liberam uxorem suam sine aliquo vitio per invidiam dimiserit cum* 48 *solidis componat parentibus.*

points est la *loi Burgonde* en son titre 34. On la voit en effet poser nettement le principe que le mari ne doit pouvoir renvoyer sa femme *sine causa* (*n° 2*). Puis, voulant déterminer ces causes légitimes, c'est au code Théodosien et à la loi de Constantin qu'elle recourt (*n° 3*), en énumérant les trois griefs qui se retrouvent aussi dans la *Lex Romana*. Oui, dans ces cas, libre à lui de la renvoyer et de la faire punir par le juge (1).

Mais, hors ces cas déterminés, « *nulli virorum liceat de altero crimine uxorem suam dimittere* ». S'il le fait, il sera tenu d'une composition égale au *pretium nuptiale* qu'il a déjà versé, sans compter une amende de *12 solidi*. Si donc, c'est par déplaisance ou humeur contraire qu'il veut rompre le mariage, la loi ne lui ouvre vraiment qu'une issue, c'est de s'en aller lui-même de la maison en abandonnant tous ses biens, dont elle profitera avec les enfants. Eh! n'est-il pas évident qu'il ressort bien de là qu'au mari, dans les mœurs barbares, n'était pas reconnu un droit arbitraire de répudiation (2)?

(1) Voici d'ailleurs le texte entier de ce titre XXXIV : *De divortiis*, le plus ancien d'entre les lois barbares.

1. *Si qua mulier maritum suum, cui legitimè est juncta, dimiserit, necetur in luto.*

2. *Si quis uxorem suam sine causâ dimiserit, inferat ei alterum tantum, quantum pro pretio ipsius dederat, et mulctæ nomine solidos XII.*

3. *Si quis vero uxorem suam forte dimittere voluerit et ei poterit vel unum de his tribus criminibus adprobare, id est : adulterum, maleficium vel sepulchrorum violatricem, dimittendi eam habeat liberam potestatem; et judex in eam, sicut debet in criminosam, proferat ex lege sententiam.*

4. *Quod si de his tribus facinoribus nihil admiserit, nulli virorum liceat de altero crimine uxorem suam dimittere. Sed si maluerit, exeat de domo, rebus omnibus dimissis; et illa cum filiis suis, quæ maritus habuit, potiatur.*

Il faut comparer ce texte aux lois romaines du Bas-Empire pour voir ce qui subsistait de différences, et mieux comprendre aussi, combien il fut difficile à ces barbares de parvenir, autrement qu'avec l'aide du droit romain, à une première organisation juridique de leurs mœurs et de leurs sentiments sur le divorce, comme sur tant d'autres points.

(2) Et cette idée se montre aussi accentuée, pour la loi des Wisigoths,

De la *répudiation par la femme*, les lois barbares, prises en général, ne portent pas trace. Et ce silence est déjà significatif par lui seul, pour marquer qu'elle n'était guère dans les mœurs. Mais ici encore la loi *Burgonde* va nous éclairer mieux que toute autre sur l'esprit des Germains, en se bornant à déclarer : « Que si une femme abandonne celui à qui elle est légitimement unie, c'est la mort qu'elle encourt. Qu'on la tue, dit-elle, sur un fumier : *Necetur in luto* ». Le texte est d'autant plus frappant que, à première vue, il ne semble faire aucune exception même à l'encontre d'un mari coupable de torts graves. Tandis que dans la *lex Romana* des Burgondes, la femme est admise aussi bien que le mari à répudier pour les causes prévues par Constantin.

Qu'en induire? C'est qu'évidemment la notion, surtout chrétienne, de l'égalité parfaite des droits et des devoirs entre les deux époux, n'est pas encore dégagée dans cette société barbare, et que l'indépendance conjugale des femmes y est bien moins autorisée par les mœurs que dans la Rome du droit classique ou même du Bas-Empire. Nous devons en être d'autant moins surpris qu'il en a été ainsi dans les sociétés antiques qui nous sont le mieux connues. Les Romains n'avaient d'abord que la répudiation par le mari, dans leurs *nuptiæ cum manu*. Il en devait être de même chez les Gaulois, d'après le mot de César. Et, chez les Hébreux, nous voyons encore que la législation de Moïse admettait la répudiation du mari, sans rien dire de celle de la femme. Pas n'est besoin, pour se l'expliquer, de recourir à la conjecture des femmes soi disant achetées, et pouvant être rendues comme achat qui a cessé de plaire. Il n'y avait là qu'une suite de la situation inférieure faite à la femme par la nature et par sa faiblesse même. Les sociétés anciennes ont

dans un fragment des *Antiqua;* avant que le texte ultérieur de Chindasvinde n'ait restreint le droit du mari au seul cas d'adultère manifeste. L. 3, VI, nos 1 et 2.

eu tendance à reconnaître la supériorité de l'homme à titre de maître, par cela seul qu'il est le plus fort et capable de soutenir ou de défendre sa femme aussi bien que de la renvoyer. Le mari a pour lui la force et la position naturelle de chef domestique. Il peut, lui, répudier et mettre dehors celle avec qui, à tort ou à raison, il ne veut plus vivre. Voilà le fait, dans un milieu où la justice n'est pas encore organisée, surtout pour les questions familiales. Et la femme, pour s'en préserver ou s'en venger, n'a d'autre moyen que l'appui de ses parents, s'ils croient juste et possible de se charger de sa défense ou de sa vengeance. Ainsi naît la première idée d'un droit de la femme, et nous l'avons vu aux textes barbares qui donnent alors une composition aux parents. Nous le verrons de même dans certains récits de Grégoire de Tours.

Mais la femme qui ne veut plus vivre avec son mari, quelle qu'en soit la cause, raisonnable, ou blâmable, ou frivole, peut-elle le renvoyer? Non; comment l'expulser à elle seule de la maison? Peut-elle du moins le quitter en s'enfuyant ou se retirant? Si c'est pour se donner à un autre, l'idée d'adultère se présente aussitôt, et la vengeance en est terrible! Si c'est pour se soustraire à la vie conjugale par simple déplaisance, ici encore le mari peut la poursuivre, et la loi Burgonde nous a montré le châtiment qui peut l'atteindre. N'est-il pas clair que, par elle seule, elle ne peut rien? Restent les cas, où c'est le mari qui serait coupable de torts graves et notoires en la maltraitant ou en la trompant indignement, bref en rendant à son épouse la vie impossible ou dangereuse. Mais si la femme, bien digne alors de pitié et d'appui, a des parents qui veuillent se lever pour elle, afin d'attaquer ou de repousser le mari coupable, c'est donc la solidarité familiale qui entre en jeu. Et la femme pourra enfin se voir délivrée de son mari, aussi bien qu'affranchie de la vie commune et du mariage.

Grégoire de Tours nous montre au milieu de *Francs* des applications de cette idée que la solidarité familiale, en

ces démêlés conjugaux, remplaçait la justice qui ne semblait guère organisée pour eux (1). Et la loi des *Lombards* nous montre bien aussi dans ses textes que c'était aux parents d'intervenir pour leur proche injustement accusée ou maltraitée par son mari (2). Tout cela est si naturel, si conforme aux données d'une société encore barbare, qu'il ne me semble pas qu'il en ait pu être autrement chez les *Burgondes*. Et j'en conclus que quand leur loi prononce la mort ignominieuse contre la femme « *quæ maritum dimiserit* », elle n'a pu avoir en vue que la femme abandonnant vraiment son mari, d'elle-même et par caprice (3), mais non la femme qui aurait pour elle l'appui de sa famille ou de la justice pour des cas graves que la loi burgonde n'a pas cru devoir déterminer.

Quand la famille est intervenue pour la femme, après ou avant guerre privée, c'est une entente qui peut s'établir pour consacrer le divorce. Et nous voyons ainsi, dès la société barbare, le *divorce par accord mutuel*. La loi des *Alamans* sera presque seule à y faire allusion, tandis que la loi barbare des Burgondes n'en a rien dit, à la différence de leur loi romaine qui a rappelé le principe général du divorce par consentement réciproque. Mais c'est que je ne vois pas bien chez les barbares, le divorce mutuel accepté comme à Rome entre les deux époux seuls, et par application d'une sorte de principe théorique que le consentement suffit à dénouer comme à nouer. Non, ce principe abstrait qui suppose entre les deux époux, à la fois tant d'égalité et d'indiffé-

(1) On peut lire notamment (L. X, n° 27), le récit de cette grande querelle entre Francs de Tournai, si violemment terminée, après plusieurs meurtres, par la hache de Frédegonde. Là, c'était bien un frère qui reprenait souvent avec colère le mari de sa sœur, coupable envers elle d'abandon et d'inconduite. « Comme celui-ci ne s'amendait nullement, le jeune homme finit par se jeter sur son beau-frère et le tua avec l'aide des siens ». D'où guerre familiale et « les parents des jeunes gens exerçant leurs fureurs les uns contre les autres ».

(2) Rotharis, 200-202 ; Luitprand, 121.

(3) C'est le vrai sens de *dimittere*.

rence vis-à-vis du mariage, n'était pas une donnée germanique. C'est à la suite d'un différend, puis d'un traité familial, que ce divorce mutuel pouvait se produire. Il ne se développera entre barbares de l'époque franque que par imitation des lois romaines. Et c'est ainsi qu'on le voit prévu, mais plus tard seulement, dans la formule de Marculf et autres formules, toujours comme en la forme d'un traité de paix après discorde (1).

Ainsi, dans l'état social des Germains et suivant leurs coutumes d'avant les invasions, la famille devait jouer un grand rôle dans toutes les questions de divorce et de répudiation. Parmi les difficultés ou les démêlés, susceptibles de mettre en jeu la solidarité familiale, il en est peu qui devaient être plus fréquents que ces différends nés à l'occasion des mariages, soit qu'il s'agit de rapts à l'origine des unions ou de discordes conjugales troublant leur durée. Ne voyons-nous pas encore de nos jours les brouilles ou embarras qui parfois en résultent? Mais la force des liens de famille leur valait alors une gravité et des conséquences bien autres, en venant ajouter, pour les proches d'une femme et surtout pour ses frères, le besoin de la protéger dans son mariage, en l'absence des lois. Et de là ce rôle si

(1) V. Marculf, Lib. 2, f. 30, et les autres *libelli repudii* rassemblés par de Rozière. *Dum inter illum et conjugem suam illam non caritas secundum Deum, sed discordia regnat, et ob hoc minimè conversare possunt, placuit utriusque voluntas ut a se consortio separare deberent; quod ita et fecerunt. Propterea has epistolas inter se uno tenore conscriptas fieri et affirmare decreverunt, ut unusquisque ex ipsis, sive ad servitium Dei in monasterio, aut in copulam matrimonii sociare voluerit, licentiam habeat...* Comme on sent bien dans cette formule de Marculf toute la tradition des expressions romaines, et la présence des idées chrétiennes! Or la *formula Salica Merkeliana* (n° 18) est calquée sur celle de Marculf, avec cette seule différence qu'on y trouve intercalée avant le mot *placuit* cette adjonction : « *ideo venientes pariter in illo mallo ante illum comitem vel reliquis bonis hominibus* », qui marque seulement la consécration de ce traité de divorce pardevant l'autorité publique. — Et, chose remarquable, aucune de ces formules de divorce ne contient de règlement d'intérêts.

remarquable, en tous les documents germaniques, du frère envers sa sœur, ou, comme *avunculus*, envers ses neveux.

Mais la condition des femmes, ainsi dépendantes de tous côtés de la force des hommes, n'en restait pas moins dure et inégale. Sitôt après les invasions, devait s'ouvrir en leur faveur (avant toute justice civile) une autre protection et un autre refuge, grâce à l'Eglise et aux abbayes. L'épouse, qui voulait quitter son mari soit pour cause grave, soit parfois même sans autre raison précise que l'humeur contraire, pouvait se retirer dans un monastère, en renonçant d'ailleurs à toute idée de mariage ultérieur. Et le mari, n'eût-il rien à se reprocher, ne parvenait pas aisément à l'en faire sortir. Nous le verrons bien encore dans Grégoire de Tours (1). Parfois, d'ailleurs, le mari se résignait à laisser ainsi sa femme entrer en religion, même pour le fuir. Et telle fut l'histoire de Radegonde, princesse de Thuringe, écœurée des barbaries de son mari Clotaire I[er] (l'un des fils de Clovis), et qui finit par obtenir de lui qu'elle le quittât pour fonder à Poitiers le monastère qui a porté son nom. Grégoire de Tours et le poète Fortunat l'ont racontée et célébrée, et nous montrent bien qu'il y eut là comme un divorce mutuel ou presque une répudiation voulue par sainte Radegonde (2).

Ainsi, pour qui veut bien y regarder, il y avait donc encore faculté et moyens de rupture pour les femmes, même dans cette société barbare. — Mais l'idée d'épouses pouvant répudier à volonté leurs maris comme à Rome, pour se donner successivement à plusieurs (l'idée du *liberum matrimonium*), n'a jamais été reçue des Germains, même au lendemain des invasions. Dans leurs mœurs tout y répugnait, comme Tacite l'a bien vu, comme les lois barbares le montrent encore; et cela, même avant que le christianisme soit

(1) V. p. 406 l'histoire de Berthégonde.
(2) V. dans Grégoire de Tours, L. 3, n[os] 4 et 7.

venu renforcer, de toute l'énergie de ses préceptes, ce principe naturel que le mariage n'est pas un jeu, mais un lien. C'était donc déjà chez les Germains une supériorité morale indéniable sur la Rome des temps classiques, peut-être même encore sur les pratiques de la société du Bas-Empire. Mais c'était trop pourtant d'admettre encore aisément la répudiation du côté du mari, et même quelque polygamie chez les grands. Et là devra porter le principal effort de l'Église contre le divorce, qu'elle commencera de réduire après les invasions plus encore qu'au Bas-Empire, avant de parvenir enfin à le condamner et le supprimer pour des siècles.

SEIZIÈME ET DIX-SEPTIÈME COURS

Les Effets du mariage.
La question du Mundium marital
Le régime des Biens entre époux.
Les nouveaux textes Burgonde et Ripuaire.

— — — —

Le mariage des Germains (surtout celui des Francs, auquel je songe le plus), comment leur coutume l'avait-elle conçu pendant la durée de l'union? Quelle était la situation des deux époux dans leur famille? Quel était leur rôle respectif dans leur ménage, soit entre eux, soit vis-à-vis de leurs enfants? Voilà toujours nos questions qui reviennent sous cette rubrique : *Effets du mariage*.

§ 1.

Dans la famille, il me paraît tout à fait vraisemblable que chaque union nouvelle formait ou pouvait former ménage et noyau distinct. C'est l'impression que donne l'ensemble des documents à commencer par Tacite, qui nous a si bien représenté les époux attachés tout entiers l'un à l'autre, pour mener ensemble leur vie de labeurs ou d'aventures. N'a-t-il pas dit ailleurs encore combien ils aimaient à vivre indépendants et isolés au milieu des champs? « *Suam quisque domum spatio circumdat*, etc. » (nº 16). Nulle part il ne signale rien qui ressemble à la *patria potestas* pouvant dominer les mariages, comme s'il s'agissait d'unions entre *alieni juris*. C'est le mari seul

qui châtie l'adultère de sa femme et non les pères, d'elle ou de lui. Rien ne vient donc mettre obstacle à l'indépendance du nouveau ménage, ainsi que le laissent à leur tour entendre les lois barbares. Et dès lors, même à supposer les nouveaux époux vivant en communauté d'habitation avec leurs parents, (comme cela pouvait être sans doute et se reverra si fréquemment dans notre moyen âge), il semble incontestable que les jeunes pouvaient, comme un essaim nouveau, s'en détacher et partir à leur gré avec leurs enfants.

On n'aperçoit, comme autorité et force supérieure qui les dépasse, que la famille entière ou le groupe des parents, puissance intermittente et de recours extrême par raison de solidarité. Mais ce n'est pas là ce qui peut écarter l'idée de leur foyer conjugal indépendant et distinct; bien au contraire, puisque c'est leur mariage même et chaque mariage semblable qui forment et maintiennent les unités fondamentales en cette association familiale.

Telles sont les données, que nous avons encore de nos jours pour l'indépendance des ménages, sauf affaiblissement marqué des liens généraux de parenté et de famille. Et ce sont bien aussi les données naturelles répondant aux plus saines notions du mariage. — On peut donc bien redire que nous en devons une part aux Germains. Mais sans oublier qu'ici encore les mœurs germaines allaient se rencontrer avec le sentiment de l'union conjugale, si marqué dans l'Écriture Sainte, pour en faire une coutume et plus tard une doctrine juridique venant à bout de la *potestas* romaine, qui, elle, dominait toujours en principe les enfants jusque dans leurs *justæ nuptiæ*.

§ 2.

Mais *entre époux,* et dans leur ménage même?

Nous avons entendu Tacite louant bien haut leurs mœurs conjugales en insistant sur leur intimité profonde d'existence. Mais il ne nous a presque rien dit de leur situation

respective en *coutume juridique*. Rien, notamment, au sujet d'une puissance ou autorité maritale, toujours présente comme coutume organisée et règle permanente du ménage. Rien non plus (du moins en termes précis) d'une véritable association, juridiquement établie dans toutes les sphères d'action conjugale, et tout spécialement dans celle des intérêts.

Eh bien! à la différence de Rome, existait-il en Germanie quelque *puissance maritale* consacrée par le droit? Existait-il aussi, en coutume juridique, une *véritable société conjugale* gouvernée par le mari comme chef? Là sont nos deux notions fondamentales de droit français. Là sont les graves questions, sur lesquelles il importerait de pouvoir dire en histoire où en étaient les Germains, au temps de leurs invasions et avant leur conversion chrétienne.

I

C'est une opinion couramment exprimée qu'il se rencontrait chez *les Francs*, comme chez les autres peuples Germains et d'après une tradition primitive commune à tous, une *coutume juridique* dite de *mundium marital*.

On s'accorde à dire d'ailleurs que ce *mundium* n'aurait pas rendu la femme aussi assujettie que la *manus* romaine, mais qu'il l'aurait laissée personne distincte, avec propriété de ses biens. C'est, dit-on, un *mundium* tout ressemblant à celui qui pouvait exister dans la famille sur les enfants, et surtout à celui qu'on y croit voir comme familial et perpétuel sur toutes les femmes(1). Mais on prétend du moins, qu'en outre d'un pouvoir assez rigoureux sur la personne, à titre de puissance ou correction maritale, ce *mundium* aurait surtout compris comme attributs vraiment juridiques, les trois suivants :

Sur les biens de la femme : l'administration et jouissance de

(1) V. au 13e Cours, p. 332 et s.

tous ces biens, sans doute même la disposition des meubles.

Sur ses actes, un pouvoir d'autorisation, sans laquelle ils n'auraient pu valoir.

Et enfin *pour toute affaire en justice* le droit et le devoir de *représenter* sa femme.

Bref comme une *autorité permanente* de laquelle on ne dit pas bien si elle répondait plutôt chez le mari à un rôle de *chef* ou de *tuteur*. Mais en fin de compte, et si l'on va droit au fond de ce système qui n'a guère d'autre formule à donner, c'est la situation du mari, telle qu'on la retrouvera dans les coutumes françaises et allemandes des XIIe et XIIIe siècles, qu'on prétend déjà reconnaître et affirmer dans une coutume générale des Germains antérieure aux invasions. Et le principe du raisonnement, qu'on fait ou qu'on sous entend, me semble être celui-ci : pas d'autorité maritale organisée à Rome, tandis qu'elle est consacrée dans notre coutume du Moyen âge; donc elle a dû nous venir d'une coutume antérieure des Germains. Elle n'en est que la tradition prolongée et généralisée. — Et de là cette donnée, si amplifiée par nombre d'auteurs, d'un *mundium marital* juridiquement connu et déjà organisé chez les Germains. C'est en effet comme une hypothèse qui s'impose, à qui ne songe pas à d'autres forces et traditions créatrices de nos coutumes durant le moyen âge.

Mais tout ce qu'on nous dit de ce *mundium juridique* et universel des maris germains, est-il bien exact et appuyé sur de vrais témoignages datant des invasions? Et faut-il croire à cette belle uniformité de toutes les peuplades germaniques, sans texte précis pour beaucoup d'entre elles, voire même contre l'impression que donnent les textes, surtout pour les Germains venus en Gaule? Pour moi, je ne le puis; et j'ai déjà observé que Tacite ne nous a rien rapporté de semblable, comme il l'eût fait sans doute pour rappeler cet exemple et ce principe d'autorité maritale aux Romains de son temps, auxquels il n'a pas épargné tant d'autres comparaisons!

La vérité, c'est qu'un *mundium* marital, ainsi conçu et à peu près ainsi réglé, ne se rencontre nettement que chez les Lombards. Voici le texte (*Rotharis*, n° 204) : « *Nulli mulieri liberæ, sub regni nostri ditionem legis Longobardorum viventem, liceat in sui potestatem arbitrium, id est selbmundiæ, vivere; nisi semper sub potestate vivorum aut certe regis debeat permanere. Nec aliquid de res mobiles aut immobiles, sine voluntate illius, in cujus mundium fuerit, habeat postestatem donandi aut alienandi* ».

Or il est visible d'abord que ce texte n'est strictement fait et édicté que *pour les Lombards*. Il se réfère d'ailleurs à leur système général de *mundium* plus directement qu'au *mundium* général du mari, qui n'en est qu'une des applications. Et s'il énonce une exigence d'autorisation pour les actes de la femme, rien ne permet même d'affirmer qu'il implique chez le *mundualdus* la jouissance des biens, ni la disposition des meubles de la femme tenue *sub mundio*.

C'est pourtant la seule loi vraiment explicite sur cette question du *mundium*. Les lois des *Saxons* et des *Alamans* font seulement allusion à un *mundium* acquis par le mari, sans rien dire sur son caractère ni sur ses attributs. Et c'est en Scandinavie, dans des textes des XIe et XIIe siècles, qu'il a fallu chercher d'autres analogies pour échafauder tout ce système d'un *mundium* germanique universel.

Mais, chez nos Germains passés en Gaule, nous ne voyons pas indiqué ce prétendu *mundium* marital. Les *Wisigoths* et surtout les *Burgondes* commenceront à parler d'une *potestas* pour le mari. Ni par le nom même, ni par la source, cette *potestas* n'est le *mundium*. Quant aux *Francs* saliens et ripuaires, on n'a pu y trouver davantage ni le mot, ni les traits du *mundium* marital(1). Voilà pour

(1) *Mundium* ou plutôt *mundiburdium* ne se rencontre aux lois franques et aux formules mérovingiennes et carlovingiennes que pour signifier l'autorité protectrice des rois, des grands ou de l'Église, se rattachant exclusivement alors à la grande pratique de la *recommandatio*. V. *L. Rip. T. 58, nos 12 et 13 ; — Marculf, I, f. 24.*

les *lois*. Et Grégoire de Tours, de son côté, n'en dira jamais un mot, tandis qu'il nous fournira des documents tout opposés à l'idée d'une prétendue coutume de *mundium* (1).

Si nous passons maintenant aux *formules* ou aux *chartes*, nous pouvons précisément comparer celles qui se réfèrent aux Lombards, ou celles qui appartiennent au royaume des Francs ; et elles sont nombreuses des deux parts. Or, voici qui est manifeste au premier coup d'œil. Dans les actes lombards passés par une femme, toujours il est expressément relevé que le *mundualdus* (parent ou mari) intervient et approuve : « *Mundualdo et jugali meo consentiente* ». Rien de semblable dans les formules de Marculf et autres formules recueillies en toutes parties de la Gaule : nulle mention spéciale d'autorisation du mari comme celle que nos actes modernes, notariés ou non, ont soin d'exprimer encore, ou comme celle que les Romains n'auraient pas omis non plus de marquer pour des pupilles agissant sous l'*auctoritas tutoris*. Ce qu'on voit le plus souvent, c'est le mari et la femme concourant ensemble (le mari naturellement en tête : « *Ego et illa conjux* ») pour un acte passé en commun. Et de là sortira notre *collaboratio* et communauté des Francs, comme elle commençait à s'annoncer aussi au Bas-Empire. Mais rien qui sente encore l'autorisation d'un *mainbour* ou tuteur de la femme, ni pour le mari, ni pour un autre.

Eh bien ! de cet examen des textes, je conclus fermement que, s'il est possible *au point de vue du droit* de rencontrer un *mundium marital* traduit et organisé chez les Germains du Nord : Lombards, Saxons et Scandinaves, dans leurs lois d'ailleurs plus tardives, — rien de pareil ne m'apparaît ni dans Tacite, ni au temps des invasions, chez nos Germains voisins du Rhin ou passés en Gaule. Et ainsi ce *prétendu mundium* avec ses trois attributs, donnés comme institution juridique, je ne le distingue pas plus alors sur

(1) V. p. 406 et 438.

les épouses dans le mariage, que sur les femmes dans leur famille (1).

Au surplus c'est se méprendre, à mon sens, sur l'état de ces peuplades germaines à l'époque des invasions, que de les voir munies ainsi de *véritables coutumes de droit*, déjà quelque peu précisées et sanctionnées, comme nous l'entendons de nos jours, quand nous parlons même des coutumes du Moyen âge. C'est forcer ou tendre les notions d'histoire juridique jusqu'à les fausser. Pour mon compte, ce que j'admettrai bien, c'est qu'il existait simplement *dans les mœurs* germaniques, un sens juste et vivace de la supériorité naturelle du mari; et que cette supériorité, reconnue dans les faits, conduisait d'ordinaire à des résultats ou pratiques analogues à ceux que nous obtiendrions au besoin par contrainte juridique en vertu de notre principe de puissance maritale. Mais cette suprématie maritale ne constituait pas encore une vraie coutume juridique établie, c'est-à-dire articulée et sanctionnée comme telle, ce qui est le trait caractéristique du droit. Et la femme pouvait s'y soustraire pour ses actes et ses biens, sans passer pour se comporter illégalement. — Ainsi, je reconnais donc une bonne part des faits exposés pour la Germanie, mais en les expliquant autrement que par une institution de *mundium marital*. Et comme nous touchons

(1) V. ce qui a été dit déjà p.333. J'ajoute que le traité d'*Andelot*, pour qui l'analyse bien tout entier, confirme cette idée que la femme franque n'était pas de droit sous un *mundium perpétuel*. Gontran fait promettre à Childebert II de prendre, après sa mort, sa fille Clotilde, *sub tuitione et defensione*. Mais il résulte aussi de l'acte que Clotilde doit garder tous les biens de Gontran, son père, en libre propriété, possession et jouissance. Cette *tuitio* n'est donc pas le *mundium* (que Childebert II d'ailleurs aurait dû avoir de droit, comme plus proche parent), mais une promesse de protection spéciale, comme celle que Gontran prend ensuite dans les mêmes termes vis-à-vis des enfants de Childebert II et de sa mère Brunehaut. — Et ainsi se confirme tout ce que j'ait dit de la situation des femmes dans la société franque.

ici par un point grave à cette distinction si importante en histoire, mais si délicate, de ce qu'on appelle un *état de mœurs* ou de ce qu'on peut appeler une *véritable coutume juridique,* le sujet vaut la peine d'y insister, pour compléter ce que nous en avons déjà dit (1).

Vous vous rappelez des exemples déjà rencontrés, et notamment d'abord la *Laudatio Turiæ* (2). Or qu'y avons-nous vu? La femme laissant toute sa fortune aux mains de son mari qui en avait ainsi, pour tous deux, l'administration et la jouissance. Le mari, de même, consulté par sa femme pour établir des nièces et « *probans liberalitatem* ». Mais ce mari, gouvernant et autorisant ainsi, était-ce en vertu d'un principe reconnu, d'une puissance maritale juridiquement consacrée? Non, puisque le droit positif organisé était contraire et laissait à la femme toute indépendance d'agir. C'était donc le *sens naturel* des vrais rapports entre époux, les inspirant en dehors du droit, pour réagir ici contre le droit même. Et s'il avait pu se rencontrer alors beaucoup d'unions semblables, se comportant de même sorte, voici des mœurs et seulement des mœurs bien nettement distinguées du droit.

Mais il s'est vu en grand, cet *état des mœurs*, et à l'époque du Bas-Empire, de ce Bas-Empire qu'il faut bien se garder d'oublier, quand on cherche à résoudre les problèmes d'origine de notre coutume française. Alors en effet, sous la puissante action d'une nouvelle direction morale, il est arrivé que les femmes se sont subordonnées bien davantage à leurs maris, pour leurs biens comme pour leurs actes. Elles l'ont fait non plus seulement par tendance naturelle, mais aussi par devoir ou précepte chrétien, pour obéir même à une véritable règle, mais qui n'était pas encore une règle juridique et civile. Il s'en est suivi un état nouveau des mœurs, un véritable usage de subordina-

(1) V. p. 305 et s., à la fin du XIIe cours.
(2) V. p. 146 et s.

tion féminine, presque une coutume de droit. Non pas encore pourtant, puisque le législateur tout en approuvant ce sens nouveau de la vie conjugale, a reculé devant la décision qui l'aurait consacrée en droit positif; si bien que le principe juridique est resté entre les époux : égalité et indépendance (1). N'est-il pas clair, par de tels exemples (et l'on pourrait en citer bien d'autres), qu'il faut savoir distinguer l'action des mœurs ou l'effet pratique des tendances morales, d'avec les vrais préceptes positifs et coutumes de droit?

Eh bien! chez les Germains, chez nos ancêtres Francs, c'était ce même sens naturel guidant les mœurs, qui inspirait aussi la conduite ordinaire des époux, *sans qu'il y eût encore un état de droit reconnu et sanctionné.* C'était ce sens naturel, plus franchement accusé que dans la Rome païenne, je vais le redire, mais sans avoir tourné encore à une véritable coutume juridique de puissance maritale, puisque les époux, et notamment la femme pouvait se conduire autrement, sans qu'on eût à lui opposer la violation d'une règle de *mundium* établi, — ainsi que le silence des lois et des formules nous l'ont montré, et que d'autres faits nous le prouveront. Bref, il y avait tendance morale et non précepte de droit; et le précepte même devra surtout venir d'ailleurs, pour établir peu à peu la coutume juridique.

Ne craignons pas d'insister encore, pour nous expliquer, chez nos ancêtres francs, ce sentiment très marqué de la suprématie maritale, et son observance accoutumée, en dehors de toute institution de puissance ou de *mundium*. Car c'est un sens et comme une loi naturelle en tout état social que cette supériorité de l'homme comme chef de la maison. On la retrouve partout et à toute époque dans les faits. Eh! ne devait-elle pas s'accuser plus encore chez les Germains, en ce temps d'existence rustique et de vie belliqueuse où la force physique de l'homme s'exaltait davan-

(1) V. p. 213 et s., — et l'*Appendice* sur une lettre de saint Augustin.

tage, tandis que les femmes, moins soucieuses que les dames Romaines de luxe et d'indépendance, étaient bien plus souvent occupées à enfanter ou à nourrir.

Aussi la supériorité du mari s'imposant d'ordinaire dans les mœurs, voilà le fait que Tacite nous laisse entendre sans parler de *mundium*. Il devait s'ensuivre, dans la vie courante des Germains, des pratiques répondant à ce qu'on veut présenter comme attributs positifs d'un *mundium* juridiquement établi. Mais reprenons les, une à une, ces pratiques, pour mieux observer, en elles-mêmes et dans les documents d'alors, si elles impliquaient coutume juridique.

1° De cet état de la société et des mœurs franques, il s'ensuivait d'abord, quant au rôle du mari, qu'il devait être à l'ordinaire le *représentant* ou champion de sa femme dans les vengeances privées, dans les duels judiciaires, dans les *conjurationes* en justice. A Rome aussi, surtout au Bas-Empire, n'était-il pas son mandataire ou *procurator* le plus souvent, soit en matière judiciaire ou extrajudiciaire, comme plusieurs des formules de l'époque franque nous le montrent d'après mandat général et formel? En Germanie, plus encore, et chaque fois qu'il était nécessaire, le mari sans doute agissait pour sa femme, mais sans qu'il fût pourtant érigé juridiquement en représentant ou tuteur légal et permanent, pouvant se passer du bon vouloir de sa compagne. Nul texte ne nous le dit pour nos Germains venus en Gaule, ni n'affirme que la femme ne pouvait prendre un autre mandataire. Au contraire, il est avéré que le mari pouvait voir d'autres représentants se dresser à sa place et même contre lui (surtout parmi les parents de sa femme) s'il était négligent, s'il perdait la confiance, ou, plus encore, s'il abusait de sa supériorité de fait contre ses devoirs. Et je vous l'ai montré par des textes.

2° De même, le mari administrait, gouvernait même ordinairement les biens de sa femme avec ses propres biens, en faisant du tout *jouissance commune*. N'en était-il pas ainsi déjà au Bas-Empire, et ne le voyons-nous

pas faire encore à nombre de femmes mariées sous la séparation de biens? Mais y avait-il là un droit d'administration et de jouissance, articulé et sanctionné pour le mari, contre la volonté ou résistance de sa femme? Qui pourrait montrer un texte, avant celui de la loi burgonde, posant vaguement encore l'idée de la *potestas in rebus uxoris?* Et comment d'ailleurs pourrait-on concilier, avec un principe de *mundium* marital, les termes constants de nos formules franques de *libelli dotis* où le mari transmettait de ses propres biens à sa femme : « *ita ut* (*a die nuptiarum*) *quidquid exinde facere elegerit, liberam habeat potestatem* » précédé même, en tant d'autres formules, de ces termes encore plus démonstratifs : « *ut ab hoc die habeas, teneas atque possideas* (1). »

3° C'est de même, enfin, que *la femme n'agissait pas d'ordinaire sans son mari,* soit qu'il concourût le plus souvent avec elle ou qu'il se bornât à l'approuver? *Turia* le faisait bien aussi, comme un plus grand nombre de Romains ou de Gallo-Romains au Bas-Empire. Eh ! n'est-ce pas la donnée naturelle d'un vrai ménage, partout où il y a le sens de l'union conjugale et de ses devoirs? Nous y retrouverons tout le prélude de la communauté juridique : « *Simul collaborare, simul consumere* ». — Mais la femme légalement tenue de prendre l'autorisation de son mari, en vertu d'une exigence juridique de *mundium*, et à l'époque même des invasions? Je n'en puis rien voir alors chez les Francs. Qu'on nous montre donc un texte de loi qui l'implique ! Une formule ou une charte qui le consacre! Un jugement qui nous parle d'un mari faisant tomber l'acte de sa femme comme irrégulier, à défaut d'autorisation! Ou même quelque droit reconnu au mari de répudier la femme pour lui avoir résisté ou désobéi dans ses actes ou dans ses biens! Car c'est bien, cela, une coutume juridique. On n'en peut rien montrer.

(1) V. Marculf, II-15. — *Lindenbrog,* 7, et bien d'autres.

Or je vais maintenant vous montrer, à mon tour, *dans des récits du temps*, des faits qui complèteront tout mon raisonnement, en vous faisant bien voir que ce prétendu *mundium juridique* n'était encore ni reconnu, ni consacré, ni invoqué même, chez les Francs, à titre de puissance maritale : pas plus sur la personne que sur les biens, comme on est porté à l'entendre.

Le plus topique sera un passage de Grégoire de Tours se rapportant à Frédégonde et Chilpéric, mais qu'il me faut réserver encore parce qu'il nous servira de démonstration, aussi bien, sur des développements ultérieurs (1). Mais en voici un autre qui va faire bien ressortir que le *mundium* n'apparaît pas là où il aurait dû pourtant entrer en scène — et qui vous montrera en même temps que, même dans les dissensions conjugales, la suprématie du mari n'était pas si absolue qu'on pourrait croire. C'est un texte qui va bien illustrer toutes nos explications d'aujourd'hui, et celles que nous avons présentées sur le divorce. Au surplus rien ne vous montrera mieux l'état si extraordinaire de cette société franque du VIe siècle, avec l'intensité de la vie religieuse et la situation prodigieuse des évêques au milieu de l'anarchie légale et judiciaire qui régnait alors. Je vous le donne comme une lecture complémentaire.

C'est au L. IX, n° 33, l'aventure de Berthegonde, femme de race franque d'après tout ce récit, puisqu'elle nous est donnée en outre comme parente du roi Gontran. C'était, à n'en pas douter, quelque haute dame de l'époque, fille d'Ingeltrude qui avait établi un monastère à Tours, et sœur de Berchtramm, évêque de Bordeaux. Voici ce qu'en dit Grégoire de Tours.

Il y a quelques années Ingeltrude envoya dire à sa fille : « Quittes ton mari et viens que je te fasse abbesse de ce troupeau que j'ai rassemblé ». Berthegonde écoutant cet imprudent conseil, vint à Tours avec son mari et lui dit, une fois entrée dans le monastère : « Retires toi d'ici et gouvernes nos biens et nos enfants. Je ne retour-

(1) V. au XVIIe cours, p. 437 et s.

nerai pas avec toi. Car qui vit en mariage ne devra pas voir le royaume de Dieu ». Le mari vint à moi et me rapporta les propos de sa femme. Je me rendis alors au monastère pour lui lire les canons de Nicée où il est écrit : « Si une femme au mépris du foyer conjugal abandonne son mari, en prétendant qu'il n'y a pas de part aux gloires célestes pour qui vit dans le mariage, qu'elle soit anathème ! » *Berthegonde, à cette lecture, craignant d'être privée de la communion par les prêtres du Seigneur, sortit du monastère et retourna avec son mari.*

Voilà bien une femme qui, sans souci du prétendu *mundium* marital, a voulu abandonner le domicile conjugal, pour s'engager en religion plutôt même que pour répudier. Or, voit-on que le mari l'invoque, ce *mundium*, et qu'il se fonde sur un droit ou une coutume civilement consacrée de puissance maritale pour exiger, ou devant la famille, ou devant la justice, ou devant l'évêque, que Berthegonde reprenne la vie commune? A défaut du mari, Grégoire de Tours lui-même songe-t-il à cette règle du *mundium* germanique pour appuyer son intervention? Il est visible pourtant que tous deux cherchent un principe et une sanction contre Berthegonde. Et c'est seulement dans les préceptes chrétiens et dans des fragments de conciles qu'on trouve à l'appui des mœurs, une règle articulée et sanctionnée.

Le récit n'est pas achevé d'ailleurs; et toute la suite va nous confirmer dans cette conclusion.

Trois ans après, Berthegonde, qui sans doute ne se plaisait guère avec son mari, fuit de nouveau en prenant avec elle un de ses fils et en chargeant quelques bateaux : « *tam de rebus propriis quam viri sui* ». Sa mère n'osant la garder à Tours, l'envoie à Bordeaux chez l'évêque Berchtramm. Et, l'on cherche une mauvaise chicane pour rompre ce mariage de trente ans sous prétexte que Berthegonde se serait mariée « *sine consilio parentum* ». Le mari, repoussé à Bordeaux, vient alors à Orléans trouver le roi Gontran, et devant lui, reproche à l'évêque Berchtramm de lui avoir enlevé femme et servantes. Or, que fait le roi furieux contre l'évêque? Il lui ordonne sans doute une promesse de rendre Berthegonde, mais en quels termes : « *Comme elle est ma parente, si elle a été mal traitée chez son mari, c'est moi qui en prendrai vengeance. Sinon, pourquoi réduire le mari à cette honte de se voir privé de sa femme ?* (1).

(1) « *Quia parens mea hæc est, si quicquam mali exercuit in domo viri sui*

Est-ce bien là une sentence de juge, appliquant quelque coutume de droit? Ou n'est-ce pas plutôt arrangement de famille et acte de souverain tout à la fois? D'ailleurs ni Berchtramm ni Berthegonde ne vont céder à cette injonction du roi. L'évêque promet bien qu'il ne fera plus obstacle aux recherches du mari. Mais il avertit secrètement sa sœur de fuir dans un autre monastère; et quand le mari se présente avec une troupe armée pour tâcher de la reprendre de force, elle a revêtu l'habit de pénitente, et elle refuse ainsi de suivre son mari (1). Il faut qu'enfin son frère Berchtramm vienne à mourir, pour que, cédant à ses remords ou à ses craintes, elle revienne d'elle-même à son mari, sauf à se brouiller désormais avec sa mère, et à engager contre elle de vrais procès sur des questions de succession et de partage.

Eh bien! Quelles conclusions tirer de ce récit? Nous sommes vers 587, à moins de cent ans du triomphe des Francs? N'est-il pas clair d'abord qu'une épouse franque, soutenue par ses parents ou par l'Eglise, pouvait rompre avec son mari? — Voit-on, de plus, qu'il soit à aucun moment question dans ce récit d'un principe germanique ou d'une coutume juridique de ***mundium***, susceptible d'être invoquée en justice soit pour réclamer de Berthegonde ses biens et son fils, soit pour lui interdire d'entrer en religion sans autorisation maritale, soit même pour lui imposer le domicile conjugal?

Mais, à défaut de droit germanique ou romain, n'apparaît-il pas déjà que c'est dans les préceptes du christianisme et dans ses sanctions religieuses, que va se trouver le principal appui des notions et des règles de la vie conjugale. Eh! oui, sans doute, tout ce récit respire cette idée que le mari doit pouvoir réclamer et ramener sa femme à son foyer, bien plus que la femme ne serait admise elle-même à s'imposer à un mari qui la repousse, quoique nous ayons vu pourtant la décision si frappante de la loi Gombette (2). Et je reconnais bien que le sentiment primitif des Germains devait soutenir, dans leurs mœurs, un excès de la prépondérance mascu-

ego ulciscar; sin aliud, cur sub omni deformitate redactus vir, conjux ejus aufertur. »

(1) *Venit vir ejus, cum multis insequentibus viris, ut eam ex ipso loco sancto ejiceret. Erat enim in veste religiosa, adserens se accepisse pœnitentiam; sed virum sequi despexit.*

(2) V. T. 34, n° 4, cité, p. 388.

line plutôt que l'égalité conjugale des devoirs ou des droits. Mais en de tels exemples, je cherche en vain les traces d'une institution de *mundium;* et ils m'aident à mieux comprendre la loi des Wisigoths, commençant de parler de la *potestas* du mari, mais « *secundum sanctam scripturam.* »

Ainsi, sans avoir apporté, comme principe et comme institution juridique, un *mundium* ou pouvoir marital avec des attributs déterminés, les Francs étaient seulement enclins, dans leurs mœurs et usages, à observer et reconnaître la suprématie naturelle de l'homme sur la femme par lui épousée et dotée. Il ne leur fallait qu'une direction précise et lumineuse pour édifier en ce sens une vraie coutume juridique, ainsi qu'y tendaient plus péniblement de leur côté les Gallo-Romains. — Voilà ce que nous devons conclure sur cette question des traditions premières de l'*autorité maritale*, qui va commencer de s'organiser dès lors et pour le cours du Moyen âge; comme on la sentirait déjà, et d'expression toute chrétienne, dans les formules de Marculf(1).

II

J'en dirai autant au sujet de notre grand principe français de l'*association conjugale*. Celle-ci, non plus, n'est pas encore établie ou même dessinée chez les Germains

(1) On doit remarquer à cet égard ces mots de la *f. 17 du Liv II,* par lesquels la femme est censée commencer sa donation envers son mari : « *Ego, ancilla tua, domine et jugalis meus,..... quod in servitio tuo pariter laboravimus...* ». Dans ces quelques paroles qui respirent si bien toute notre idée de communauté ou collaboration gouvernée par le mari, n'allons pas croire que les expressions : *ancilla, servitium* traduisent quelque vieux souvenir germanique de femme achetée ou assujettie *sub mundio.* C'est l'expression chrétienne de la femme subordonnée à son mari *sicut domino* (encore que *jugalis*). — Et, qui douterait que telle ait été la pensée de Marculf, retrouverait ce même langage comme familier à saint Augustin, avec les expressions constantes de *servire, ancilla* et *dominus.* V. à l'appendice final sur une lettre de saint Augustin.

en *coutume juridique*. Et notamment nous n'y trouvons rien qui donne quelque idée précise d'une société ou communauté de biens. Mais là aussi, dans ces mœurs simples et naturelles des Germains, mari et femme, exempts de *patria potestas*, nous apparaissent mieux portés à s'unir de tous points que dans la Rome classique. Et on peut l'entrevoir, dans leurs usages, à des traits plus marqués de vie commune même à une véritable communauté des enfants, avant d'arriver, de longtemps encore, à une entière communauté des biens.

1°

Voyons d'abord, ce qui concerne *la vie en commun*. Tacite nous l'a bien marquée, et avec insistance, cette intimité si profonde : « *venire se laborum periculorumque sociam... idem in pace, idem in praelio passuram et ausuram... sic vivendum, sic pereundum*... Il en cite encore d'autres traits; et ce que nous pouvons observer chez nous des habitudes de la vie des campagnes, ce que Tacite dit ailleurs des esclaves domestiques inconnus dans les maisons germaines, ne peut que nous porter à reconnaître ce ménage mieux uni entre mari et femme et leurs enfants.

Mais est-ce là une association conjugale juridiquement conçue, ou n'est-ce pas simplement une communauté morale de l'existence, plus accusée et plus habituelle qu'à Rome, mais comme il en pouvait exister à Rome aussi bien, et en dehors du droit, dans les bonnes unions? « *Socia* », dans la phrase de Tacite, n'est pas un terme ayant signification juridique. Et je pourrais citer chez lui-même, ou chez nombre d'auteurs latins, bien d'autres exemples d'époux qualifiés de *socii, sodales*, *societas nuptiarum*, sans que ces mots aient exprimé autre chose que l'idée naturelle ou un idéal entrevu de communauté morale, sans aucun caractère juridique précis.

C'est donc *aux traits, par lesquels se dessine l'idée juridique*, qu'il faut surtout regarder, pour voir s'il s'en ren-

contre déjà, qui figurent quelque association de droit.

1° Eh bien! un premier trait de vraie association conjugale, c'est le *devoir d'habitation commune* érigé et sanctionné en précepte juridique, et s'imposant comme tel au mari et à la femme. Il est écrit dans notre art. 214. Or, nous savons bien déjà que ce précepte de notre droit n'existait pas à Rome ; mais l'avons-nous vu nettement dans la loi franque, en repassant l'exemple de Berthegonde!

2° La *communauté du nom*, voici encore, chez nous, un usage qui a marqué fortement l'idée de parfaite société conjugale. Or il n'en est nulle trace au début de l'époque franque, ni dans les chartes, ni dans Grégoire de Tours. Cet usage ne viendra que plus tard, à l'époque féodale (1). Et la raison qu'en donneront les auteurs c'est que « mari et femme ne font qu'un en toutes choses » *una caro, sic nomen unum* (2). Remontez à la vraie origine et à toute la force première du principe. Il ne vient pas de Germanie.

3° Et la *communauté de nation*, voilà qui eût été un véritable trait juridique de société conjugale, bien important alors avec le système de la personnalité des lois qui formait, lui, une coutume juridique. Qu'arrivait-il quand une Romaine épousait un Germain ou encore si des Germains de divers peuples se mariaient ensemble, si une Burgonde comme Clotilde épousait Clovis? La femme prenait-elle la nation et la loi de son mari? Nous ne savons rien de net à cet égard aux premiers temps des invasions barbares (3). Pour les enfants nés en mariage, nous n'avons

(1) Il naîtra, alors que les seigneurs seront nommés volontiers par le titre de leurs fiefs et de leurs offices, et qu'on prendra l'habitude, pour nommer aussi l'épouse, de l'appeler duchesse, comtesse, etc., d'après les noms de terre ou dignités de son mari. L'usage ensuite s'étendra pour tous, bourgeois ou vilains, de dire madame ou femme (une telle), du nom de son mari.

(2) V. Pothier, *Du mariage*, n. 401 et s.

(3) Il s'en faut d'ailleurs que nous puissions bien comprendre de tous points l'application de ce principe des lois personnelles. C'est un sujet d'étude

pas à douter qu'ils suivaient la condition ou loi de leur père. Il en était d'ailleurs ainsi à Rome pour les enfants *ex nuptiis*. Mais à Rome la *peregrina* ne devenait pas *civis romana* par la seule vertu du mariage. Comment affirmer qu'il en était autrement chez les Francs, contre ce premier principe certain que la loi de nation a été fixée d'abord par la naissance? Nous avons du reste une phrase célèbre d'Agobard, évêque de Lyon au temps de Charlemagne, écrivant qu'il arrivait souvent que la *diversitas legum* se rencontrait non seulement « *in singulis regionibus aut civitatibus, sed etiam in multis domibus* ». Or *domus* signifie tout au plus les familles, mieux encore les ménages. Cette diversité de lois y était donc possible. Et dès lors n'y-a-t-il pas quelque raison de penser que mari et femme, de nations différentes, ne vivaient pas nécessairenent sous la même loi?

Il n'est qu'un pays, où nous voyons nettement écrit dans les textes que la femme prenait la condition et loi de son mari; c'est chez *les Lombards*. Leurs lois et formules prennent soin d'y insister, mais en affirmant aussi que cela n'est qu'au cas où le mari a pris soin d'acquérir le *mundium* lombard. Leur loi ne le dit même qu'au VIIIe siècle, dans un texte de Luitprand, *n° 127*. Et les formules lombardes qui nous en montrent l'application ne datent que du IXe siècle. Il n'est donc pas démontré que c'était là, même chez les Lombards, un droit primitif. Et nous avons assez dit combien l'on doit se garder de généraliser en Gaule toutes les notions du *mundium* lombard (1). — Ainsi là encore, dans notre coutume française, l'unité ou la communauté de nation et de loi entre époux, tout inspirée qu'elle soit par une donnée simple et naturelle, ne se dé-

plein d'embarras et de doutes, si on veut le suivre en toutes choses. Les textes Francs, Burgondes, Wisigoths, ne nous en disent rien, au sujet du mariage.

(1) V. *Expositio ad Librum legis Longobardorum* qui le confirme nettement quand elle dit, sur ce n° 127 : « *Nullam habemus legem quæ Longobardam, Salicho viro copulatam, præcipit esse Salicham* ».

gagera nettement qu'en vertu de la direction et du principe : « *Mari et femme ne font qu'un* », pour prévaloir contre le principe des lois d'origine.

2°

C'est *au sujet des enfants* qu'on trouverait le mieux et le plus tôt marquée, chez les Germains, l'idée d'une véritable *communauté juridique* entre les époux, envisagés *comme père et mère.* Elle est si bien la plus naturelle de toutes, cette communauté! Quoique les Romains l'aient méconnue dans leur droit, il est tout simple que les Germains l'aient conservée d'eux-mêmes dans certains traits de leur usage le plus ancien. Et nous le pouvons suivre, dès leur entrée en Gaule, à l'organisation de la parenté aussi bien que de la garde et de l'éducation des enfants.

a) *Pour la parenté* surtout, nul doute que les Germains considéraient la mère aussi bien parente de ses enfants que le père, et au même titre : avec effet semblable de succession et de solidarité pour toute la parenté maternelle: Nous l'avons vu.

b) Mais pour *le gouvernement des enfants*, connaissaient-ils la communauté de pouvoir et d'attributions entre père et mère, sauf à laisser prévaloir aussi dans l'état de leurs mœurs la prérogative naturelle du mari? Lois et formules ne nous disent rien de net à cet égard. C'est même le silence. Bien entendu, ceux qui partent de l'hypothèse préconçue que la mère devait être, comme femme, sous un *mundium* perpétuel, ne peuvent admettre ou comprendre quelque notion d'autorité maternelle dans l'usage juridique des Germains. Et pourtant il n'est pas douteux que, chez les Wisigoths et les Burgondes, la mère avait même la tutelle, à défaut du père. Les lois le disent formellement (1). J'ai

(1) On prétend s'en tirer en disant que c'est effet d'influence romaine, mais sans paraître se douter que le droit romain avait bien plus longtemps résisté au droit des mères que la coutume barbare.

conclu déjà qu'il en était de même chez les Francs, où nous n'avons pas vu l'ombre d'un *mundium* perpétuel des femmes, et où les exemples historiques le confirment (1). Donc la mère n'était nullement incapable d'avoir l'autorité domestique, à défaut du mari.

Mais la partageait-elle avec lui? Ici encore, ma réponse sera la même. Oui, elle y était associée dans les mœurs et de par la nature même; mais, en droit, je ne puis rien affirmer, parce que je ne vois rien, en coutume juridique, ni d'organisé ni même d'ébauché sur ce point. Aucun texte de loi ne se trouve à invoquer chez les Francs, sur cette question générale de l'autorité domestique et du gouvernement des enfants. Nul jugement ne nous est connu, rapportant ici l'intervention d'une justice publique. Et je vous rappelle encore l'histoire de Berthegonde emmenant l'un de ses enfants avec elle, sans qu'il nous soit marqué que le mari ait pu réclamer et ramener l'enfant plus que la mère. Il en sera ainsi tant qu'on ne pourra pas dire, avec un précepte supérieur qui passera peu à peu en coutume juridique, que la femme, en toutes choses, même quant à ses enfants, doit être soumise à son mari « *Mulier in omnibus subdita sit quoniam vir caput mulieris* ».

Ceci dit quant au droit ou, pour mieux dire, quant à l'absence de droit positif, voici ce que je conjecturerais volontiers comme *état de fait et de mœurs*. Et c'est la nature même, envisagée dans ce milieu barbare.

Si le père est présent et valide, c'est sa prérogative d'homme qui l'emporte d'ordinaire pour toute la direction extérieure des enfants. De même qu'il leur a donné sa condition, de même, s'il s'agit de les protéger au dehors en vengeant leurs offenses, en les représentant en justice, en administrant les biens qu'ils peuvent avoir : c'est le rôle de l'homme, comme mari et comme père, d'exercer à cet égard toute la partie principale et la plus apparente du pouvoir domes-

(1) V. page 440, note 1, *in fine*, pour Frédégonde.

tique. C'est lui qui présentera les fils *in mallo*, comme majeurs et en état de porter les armes. C'est lui encore qui, au dehors, se présentera comme mariant sa fille et recevant le *pretium nuptiale*, lui, qui interviendra dans la *desponsatio* et la *dotatio* (1). Tout cela c'est le rôle même de l'homme, avec qui sa femme doit s'entendre dans la maison, sauf à s'incliner devant lui pour les actes du dehors.

Mais, dans l'intérieur même, c'est la mère qui gouvernait ses enfants, sa fille plus encore, en vertu de son rôle naturel et de son autorité propre, non d'après cette théorie subtile et purement juridique, d'un mandat ou d'une délégation du *paterfamilias*, comme à Rome où la construction tout artificielle de la *patria potestas* le voulait ainsi. Une délégation de pouvoir ou même de *mundium*, n'eût-ce pas été une construction bien trop savante pour les barbares! Non, la mère avait aussi son autorité à elle, ainsi que la nature la lui confère. Et, si le mari venait à être absent, malade, empêché, c'était la mère alors qui exerçait momentanément, mais de sa propre autorité, tout le pouvoir domestique, avant de prendre à la mort de son mari une vraie tutelle de droit (2).

Ainsi se passaient et se voyaient les choses qui, d'ailleurs, vont ainsi toutes seules, tant qu'il n'y a pas désaccord ou conflit dans le ménage. Si un dissentiment survenait quant aux enfants, c'était sans doute à la mère de s'incliner devant son mari, quand il voulait et savait être le plus fort. Il en est encore ainsi d'ordinaire. Et je ne doute pas que, dans les familles et les mœurs franques, on était porté à lui reconnaître cette supériorité comme naturelle, tandis que le père y pourra prétendre aujourd'hui d'après une règle formelle du Code (*art. 373*). Mais si le dissentiment devenait plus grave et tournait en véritable discorde conjugale, si le mari semblait abuser, il n'avait pas toujours le dessus aussi

(1) V. L. Burgonde, Tit. 66, et plus loin le récit du mariage de Rigonthe.

(2) C'est bien encore ce que nous montre notre Code civil, *art. 141*.

aisément que de nos jours, où le Code prononce expressément pour lui; car alors sur ce point ni loi formelle, ni justice publique. A la mère trop opprimée et paraissant avoir de son côté ce que notre conscience appelle le « bon droit », il n'était pas impossible de trouver un recours efficace contre un mauvais père. N'oublions pas (avant même l'appui de l'Église) la protection de ses parents et le rôle de l'*avunculus*, à qui même respect était dû qu'au père. L'*avunculus*, c'est le frère de la mère; et c'est lui qui savait intervenir pour faire valoir ses prétentions et ses droits dans les luttes conjugales, si elle paraissait digne d'appui. Il ne faut jamais l'oublier pour qui veut bien comprendre alors la vraie situation de l'épouse en face de son mari [1].

Si enfin l'on venait au divorce, ici encore rien n'indique que le père avait prérogative ou supériorité pour garder ses enfants, plutôt que la mère à qui même restaient de préférence les enfants en bas âge, comme le veut la nature, qui lui donne la charge de les élever, petits, après celle de les nourrir.

Et je conclus de toutes ces observations que, chez nos ancêtres francs, au temps des invasions, il n'y avait encore comme *coutume de communauté quant aux enfants* qu'une simple association fonctionnant dans les mœurs et usages, suivant les données naturelles du ménage, mais sans règle de discipline nettement formulée, qui en fit une véritable communauté de droit, ayant pour chef légal le mari. Les règles si nettement écrites dans nos art. 372 et 373 n'existaient pas encore à l'état de principes juridiquement dégagés et construits. Et il serait bien téméraire d'affirmer que c'est principalement de vraies coutumes germaniques qu'ils nous sont venus.

(1) Dans l'histoire de Berthegonde celui qui la soutient, Bertramm, n'est-il pas son frère en même temps qu'évêque; et qui semble abuser des deux qualités à l'encontre du mari.

Le régime des biens.

C'est aux *biens* qu'il nous faut maintenant regarder, pour voir et relever comment était conçu tout ce règlement des intérêts qui a toujours formé une suite nécessaire du mariage, même dans cette population barbare, moins dominée qu'à Rome par le goût de la *pecunia* et les préoccupations de la fortune. Ici nous sommes sur un terrain plus ferme et plus propice à un dessin précis de coutume juridique. Voici ce que nous allons constater.

Dès l'entrée en ménage, c'est la femme qui acquérait des droits sur quelques biens de son mari, plutôt qu'il n'en était conféré au mari sur le peu qu'elle même apportait.

Pendant le mariage, le mari n'avait pas même un véritable pouvoir organisé sur les biens de sa femme, qui pouvait au besoin les gouverner elle-même, ou les lui laisser à gouverner.

Il n'y avait pas entre eux de coutume encore établie à titre de communauté, même d'acquisitions.

Mais rien ne les empêchait d'agir de concert, c'est-à-dire d'aliéner ou de s'obliger, comme d'acquérir ensemble. Rien ne les empêchait non plus de se faire des donations. Et sur tous ces points l'état de leurs mœurs les inclinait plutôt dans l'usage à s'unir et à concourir ensemble, avec moins d'entraves que dans la société gallo-romaine du Bas-Empire.

Telles sont mes conclusions données en sommaire. Elles ne sont pas, de tous points, conformes à ce qu'on expose généralement. Vous jugerez par vous-mêmes si elles sont justifiées par l'analyse des textes, pris comme base d'observations et de raisonnements.

§ 1

I. Et d'abord considérons les biens des époux *au début du mariage*. C'est à l'avoir de la femme et aux droits qui lui étaient constitués qu'il faut surtout regarder.

La femme franque (1) pouvait avoir en se mariant :

1° *Une dos, venue de son fiancé*, et qui lui était remise en propriété. C'était l'usage principal.

2° Un *morgengab* qu'elle allait recevoir de son mari, comme don du lendemain.

3° Elle pouvait apporter aussi des biens à elle, venus de ses parents par donation ou succession, *id quod proprium adduxit ou quod secum attulit;* souvent rien d'autre qu'un mobilier de ménage et de trousseau.

1°

C'est la *Dos ex marito* qui est le point capital et le trait caractéristique du régime matrimonial des Francs, comme en général de tous les peuples germains. — Et c'est bien là qu'il convient le plus d'insister.

Ce trait caractéristique, nous savons comme Tacite l'avait déja bien vu et signalé, en montrant toute l'antithèse de cette *dos* germanique avec la *dos ex uxore*, base du système romain. Il n'avait aperçu, d'ailleurs, cette *dos* maritale que minime et composée surtout de présents mobiliers.

Mais si nous regardons d'abord *à sa consistance :* dès les invasions, la *dos* nous apparaît comme importante. Le texte, connu sous le nom de 1er capitulaire ajouté à la loi salique, parle déjà couramment de *dos* ayant pu monter jusqu'à 30 ou 60 sous (soit la valeur d'une quinzaine ou d'une trentaine de bœufs) (2). — La *dos* même se montre bientôt susceptible d'être constituée en propriétés foncières. Et les formules de *libelli dotis* nous la présenteront comme ayant tendance

(1) J'ai rappelé déjà que, pour plus de précision, et surtout pour ne pas égarer la vue ni l'esprit sur un tableau chargé et confus comprenant pêle-mêle toutes les lois barbares, c'est aux Francs que je songe de préférence. S'il se rencontre des différences notables dans les lois et coutumes des autres Germains de Gaule, j'aurai soin de les signaler spécialement.

(2) V. p. 385, note 1.

à être constituée principalement en bien-fonds, les seuls immeubles d'alors.

Quand il s'agira des grands, mieux encore des rois, la *dos* assignée à leurs femmes pourra comprendre des territoires entiers et jusqu'à de grandes villes. C'est ainsi que quand Chilpéric, au milieu du vi[e] siècle, épousa Galshuinte, fille d'un roi wisigoth et sœur de Brunehaut, il lui donna en dot cinq cités de l'Aquitaine, placées sur le chemin même de l'Espagne, parmi lesquelles Limoges, Cahors et Bordeaux. La *dos* avait donc étonnamment grandi avec la fortune des Barbares. Cela est vrai de tous. Mais encore faudra-t-il remarquer que nulle part la *dos* ne semble avoir été, dans l'usage, aussi large et aussi généreusement conçue que parmi les Francs. Leurs lois n'y poseront pas de limites, à la différence des Wisigoths ou des Lombards. Et nous aurons à rechercher de quels sentiments divers s'est formée, chez eux, cette exaltation manifeste de largesse maritale, jusqu'à la fixation du grand douaire français par Philippe-Auguste, le plus large qui ait été connu dans toute l'Europe.

Quel droit était conféré à la femme sur cette *Dos?* L'usage ancien des Francs, tel que nous le montre clairement la suite des documents et leur ensemble sous la première race, c'était de transmettre cette *dos* à la femme *en pleine propriété*, dès le jour même du mariage. Le peu qu'en disent leurs lois est en ce sens. Les formules franques répètent, d'après Marculf, que la *dos* est remise avec plein pouvoir pour l'épouse de posséder et d'agir à sa guise (1). — Il semble même avoir été rare que le *libellus dotis* contînt la réserve de cette propriété pour les enfants du mariage, après le décès de la mère, ce qui aurait impliqué pour elle une charge

(1) Lindenbrog, n° 7 : *hac ratione ut haec omnia superius nominata quandoquidem dies nuptiarum evenerit, et nos Deus insimul conjunxerit, tu, dulcissima sponsa mea, ab ipso die hoc habeas, teneas atque possideas, vel quidquid exunde facere volueris, liberam et firmissimum in omnibus habeas potestatem...*

de conserver et de rendre. L'idée pourtant s'était traduite ainsi dans le *premier capitulaire* ajouté à la loi salique et destiné à protéger les enfants d'un premier lit contre le second mariage de leur mère. Mais il est douteux que cette mesure de sauvegarde de la *dos ex marito* ait été bien observée alors dans l'empire franc, et on ne la trouve pas dans la loi *Ripuaire* (1).

Ainsi conçue, cette *dos* ne résultait, au temps des invasions, que d'une *convention formelle* et précise de *dotatio*, faite avant mariage. Nulle dot maritale, fixée et réclamée en vertu de la loi ou de la coutume seule, n'apparaît avant les grandes innovations de la loi ripuaire. Et cette loi, d'ailleurs, ne songera qu'à fixer une dot légale subsidiaire pour le cas où les époux n'auraient convenu de rien : « *Si maritus nihil conscripserit* ». On restait donc toujours dominé par l'usage moralement obligatoire d'une *dos* conventionnelle, promise devant témoins ou par écrit. Et de là, l'extrême importance des *libelli dotis*, ce qui nous apparaît bien dans les nombreuses formules qui nous ont été conservées, ainsi que dans un certain nombre de chartes anciennes(2).

Mais, la coutume des Francs ainsi décrite, il reste encore la question la plus importante en histoire. Cet usage général d'une *dos* maritale, *comment l'expliquer ?* Comment, surtout en présence de tous nos souvenirs de la dot romaine et de la dot moderne qui nous ont façonné à ne

(1) V. p. 447. Aussi les coutumes, dans la suite du Moyen âge, prendront d'autres procédés, sur lesquels nous reviendrons au sujet du douaire des veuves et des enfants.

(2) Devant ces actes, il reste seulement à démêler si l'on est en présence d'une *dotatio* germanique, ou d'une *donatio ante nuptias* gallo-romaine. Or il n'est pas malaisé de suivre dans les documents, que les rédacteurs de ces *libelli dotis* (moines ou clercs le plus souvent), avaient tendance à composer leur texte en prenant leurs idées et leurs expressions, à la fois des deux côtés. Cela est manifeste dans le f. 15, L. 2, de Marculf.

bien concevoir, sous ce nom, que la dot apportée par la femme en vue des charges du mariage.

Evidemment, cette *dos ex marito* s'est implantée en Gaule comme coutume germanique. Il n'y a pas à en douter, puisqu'elle nous est déjà attestée par Tacite et qu'elle résulte de tout l'ensemble des lois et documents barbares. L'usage gallo-romain de la *donatio ante nuptias*, et l'influence de la doctrine chrétienne comme l'action même de l'Église, contribueront à généraliser et à organiser cette dot maritale; sans nul doute. Mais le point de départ et le plan primitif, c'est l'usage germanique. — De quelles traditions, de quels besoins, de quelles idées était-il donc sorti chez les Germains (1)?

Voici venir d'abord l'explication de ceux qui tiennent pour la donnée d'un *achat primitif des femmes* en Germanie. Le mari, dit-on, devait par coutume le versement d'un prix d'achat aux parents de sa femme. Avec une manière nouvelle et meilleure de voir les choses, il sera venu en usage de faire ce versement du *pretium* au profit de la femme elle-même, plutôt que de sa famille. Et nous avons ainsi la *dos ex marito,* qui se dégage de cette première et grossière enveloppe, pour se généraliser, pour grandir même à mesure que le vrai prix d'achat diminue ou disparaît (2). Mais toujours est-il (car c'est bien le fond de cette explication), que la *dos* a dû être quelque survivance de l'achat, et que l'usage et le devoir de doter les femmes ne serait pas né sans l'usage antérieur et primitif des maris, de prélever sur leurs biens *de quoi les acheter*.

Vous pensez bien que je repousse toute cette explication.

(1) Ce nouveau champ de discussion se rattachant à celui du *pretium nuptiale*, voir p. 369 et s.

(2) « *A mesure que* », n'est pas déjà d'observation si sûre ; car il est visible, chez les *Saxons*, que le *pretium* (ou le soi-disant achat de la femme) subsiste avec la *dos*. Et il en est de même en d'autres lois où rien n'indique disparition ni limitation du *pretium* à la côte de la *dos* (V. L. des Wisigoths et des Burgondes, p. 424, note 1.)

Et c'est encore un point à discuter pour en finir de cette thèse de l'achat des femmes. — Voici d'abord ma réponse directe, avant de vous proposer une explication plus naturelle et plus simple de la *dos*, qui confirmera celle *des présents nuptiaux*. Réfléchissez bien sur ce point : si la coutume première des Germains (encore vers le temps de Tacite) avait été celle d'un achat véritable aux parents, comment donc aurait pu venir l'idée de payer ce prix à la femme même qui devait être vendue? Quand un esclave ou un enfant, à Rome, ont été réellement vendus, est-il jamais venu à l'idée de verser le prix à la personne vendue plutôt qu'au vrai vendeur? Certains auteurs ont beau prétendre qu'on achetait le *mundium* familial sur la femme, plutôt que la femme elle-même; comprend-on mieux d'où aurait pu sortir l'idée de payer ce *mundium*, acquis chèrement de la famille, à la femme même sur qui il devait être transmis comme un joug domestique? — Pour qui part d'une idée de négoce ou trafic familial, comme ayant été leur coutume naturelle et primitive, cette merveilleuse transformation ne se comprend guère.

Je sais bien qu'on ne s'en demande pas si long, à l'ordinaire. Ç'a été « *une évolution du prix d'achat* », nous dit-on. Et si Tacite n'a pas rapporté ainsi les choses c'est qu'il n'a pas bien saisi cette évolution. L'*évolution*, c'est bien vite dit; et c'est un terme commode, en préhistoire surtout, pour enchaîner tant bien que mal quelques faits connus, ou quelques apparences, en un système d'hypothèses hasardées(1). Mais nous ne sommes plus même, pour notre question, aux temps absolument *préhistoriques*, puisqu'on a cru voir encore l'achat réel dans Tacite et dans certaines lois barbares. Et nous ne pourrions pourtant sacrifier, même en préhistoire, au mot *Evolution* les données ordinaires de la

(1) Je n'ai, du reste, encore rencontré personne qui ait pu me donner l'idée claire et précise d'une signification vraiment scientifique attachée à ce terme « *Évolution* » dans la sphère des sciences morales, notamment de la science du droit. Et ce n'est pas faute de l'avoir souvent demandé.

logique et du bon sens. Je demande donc : s'il y a eu vraiment achat ou trafic des femmes tel qu'on nous l'expose, qu'on nous montre comment, par quelle série d'idées, ce prix d'achat serait venu si aisément et spontanément se résoudre en une dot maritale remise à la femme elle-même. Car je ne saurais admettre qu'on saute ainsi à pieds joints par dessus tous les degrés intermédiaires de faits, de sentiments et d'idées, qu'impliquerait nécessairement une si surprenante évolution.

Nous allons voir au contraire s'il n'est pas simple et naturel d'expliquer la donnée première et les progrès de la dot maritale, avec la notion que je vous ai enseignée, d'après Tacite même, de dons rémunératoires ou *présents de mariage*.

L'homme avait à demander la main de la jeune fille. Et, pour l'obtenir comme pour témoigner son contentement de l'avoir obtenue, il devait faire deux sortes de présents : l'un aux parents d'abord qui veulent bien l'agréer et lui permettre de la prendre publiquement pour épouse, l'autre ensuite à la femme, quand elle va se donner à lui. — De là l'idée de deux présents distincts, qui nous apparaissent comme aussi anciens l'un que l'autre, en Germanie : le *pretium nuptiale* et le *morgengab*. Eh! qu'on explique donc déjà ce *morgengab* avec l'idée d'une fille achetée d'un père ou d'un parent, qui l'auraient réellement vendue et à bon prix!

Partant de l'usage de ces deux présents rémunératoires, ne voit-on pas comment l'idée put venir peu à peu de restreindre, d'abandonner même, le cadeau coutumier fait aux parents, pour développer au contraire le présent remis à l'épousée? Fallait-il un si grand progrès de raison et de sentiment, pour mieux comprendre que c'est à la jeune fille que semble dû le plus fort présent ou témoignage de gratitude. Et même, les parents, qui accordaient leur fille et non qui la vendaient, n'ont-ils pu venir aisément à penser qu'il valait mieux faire servir au profit de l'épousée, les

gros présents qu'ils recevaient en coutume à l'occasion de son mariage? — Voilà une évolution facile à saisir; et de nos jours encore on donnera à sa fiancée de belles bagues et une riche corbeille, tandis qu'on se contentera de quelque modeste souvenir pour ses beaux parents ou ceux qui vous ont aidé comme parents ou amis dans ce mariage.

Si je m'explique ainsi le déclin du *pretium* et les premiers progrès de la *dos*, je ne fais pas que l'imaginer par conjecture. Regardez donc à *la loi burgonde*. Là aussi le présent dû en coutume à la famille a été prévu. C'est le *Witemon* auquel correspond ailleurs le *pretium nuptiale* ; et nous trouvons plusieurs fragments qui s'y rattachent. Or l'un d'eux nous dit que, si (à défaut de père) le *Witemon* doit revenir au plus proche parent, le tiers en devra être employé en ornements pour la jeune fille. N'est-ce pas une trace de ce mouvement, si naturel à concevoir, qui a conduit à faire tourner au profit de l'épousée l'usage de ces présents nuptiaux, que des parents plus éloignés et plus égoïstes auraient voulu garder sans partage (1).

Et combien toute cette explication concorde avec la description de Tacite, qui ne nous parle, comme *dos*, que de présents et les a vus surtout remis à la jeune fille! Combien aussi elle concorde avec ce que nous avons trouvé chez les Francs (ceux que Tacite avait pu le mieux observer le long du Rhin), qui n'avaient plus même une coutume obligatoire de *pretium*, mais qui avaient déjà pour coutume fondamentale celle de la *dos* à côté du *morgengab*. Voilà pour moi l'origine de la *dos* germanique, telle que

(1) V. L. Burgonde : T. *66, 69*, *101*, *86*, et dans ce dernier fragment au n° *2* : *De witimon* (*si non demandaverit pater*) *proximus parens accipiat, ita ut de eo, quod acceperit, tertium solidum in ornamentis puella accipiat.* V. aussi au T. 52, n° 3, une veuve qui se remarie et qui « *majorem nuptialis pretii partem sponso adnumerante perceperat* ». — Cette loi appelle d'ailleurs la *dos ex marito* ordinairement *donatio nuptialis*. V. *T. 24* ; quoique au *T. 42* elle semble la désigner sous le mot de *morgingiva*, et au *T. 62*, du nom même de *dos;* tant son langage est mal assuré.

Tacite l'a observée « *Intersunt parentes et propinqui, et munera probant. In hæc munera uxor accipitur.* »

Mais cet usage de la *dos*, d'abord minime et de simple origine comme présent nuptial, ne va que grandir. Chez *les Francs* surtout, la *dos* va prendre de bonne heure des proportions extraordinaires. Les Francs dotaient richement leurs fiancées à la veille du mariage. Vu à travers les chartes, c'est là un fait indéniable. Et certes ce n'est plus un simple présent, quand la *dos* maritale porte sur de grands territoires ou des immeubles entiers. Pourquoi donc une générosité si éclatante envers la femme, qui de son côté n'avait souvent qu'un bien modeste apport?

La raison, ç'a été sans doute, pour les principaux d'entre les Francs, ce prodigieux succès de leur conquête qui, avec la richesse même, a développé chez eux leur goût naturel pour les libéralités et les largesses (1). Mais pour l'application d'un usage, devenu général, il ne faut pas songer qu'aux situations exceptionnelles. Tous les Francs dotaient largement, eu égard à leur fortune. Et les Gallo-Romains, vont doter largement aussi, en fusionnant leur *donatio ante nuptias* avec la *dos* germanique. Eh! pourquoi donc? C'est que, dans les mœurs d'alors, va se développer l'idée que le mari doit donner à la femme qu'il a choisie et qui l'accepte, un grand et riche témoignage de son amour. Il le lui doit, pour lui faire honneur. Regardons aux formules et mieux encore aux chartes que nous possédons : « *Pro antiqua consuetudine*, sans doute, mais aussi : *pro amore, pro dilectione, pro honore* », voilà bien les mobiles qu'ils énoncent et qui tiennent si clairement du chevaleresque. Car c'est l'idée, qui va grandir au Moyen âge, que l'épouse doit être à la fois dominée et honorée par son mari.

Mais c'est qu'aussi la direction chrétienne, venant s'adjoindre aux vieux sentiment germanique, avait fait un

(1) Car n'oublions jamais le mot de Tacite « *gaudent muneribus* », qui se vérifie à tout propos dans Grégoire de Tours.

devoir de cette *dos* maritale, qui s'achemine au douaire chrétien du Moyen âge. Et de quelque côté qu'on envisage cette *dos*, depuis ses humbles débuts jusqu'au XIIIe siècle, c'est avant tout sur des raisons de sentiment qu'elle est fondée. — Tout ne s'enchaîne-t-il pas ainsi, tandis qu'on est confondu d'entendre parler d'une *évolution graduelle*, nous conduisant, d'elle-même, d'un prix grossier d'achat au douaire chevaleresque du temps de Philippe-Auguste et de saint Louis!

Je veux bien croire pourtant qu'il y entrait aussi quelque idée de prévoyance envers la femme pour mieux assurer sa situation d'épouse et surtout son veuvage [1]. Et pourtant je n'ai vu nulle part énoncer ce motif dans une formule ou dans une charte. D'ailleurs, la prévoyance affectueuse, c'est encore de l'amour conjugal et du sentiment guidé par la raison, le seul qui puisse fonder des institutions durables.

Mais il est d'autres motifs que je ne vous donnerai pas pour cette époque, quoique plus positifs, notamment ceux que nous avons tâché de dégager en droit romain pour la *donatio ante nuptias* [2]. La *dot* maritale des Germains n'est pas une contre partie de la dot apportée par la femme qui, dans l'usage germanique, n'en apportait pas, ni même dans notre usage français du Moyen âge. L'on ne voit pas davantage que la *dos* ait été conçue ou conservée, pour servir entre époux de frein pécuniaire dans le mariage, lequel allait bientôt devenir indissoluble, en lui-même. Non, c'est un sacrifice fait par le mari pour gratifier et honorer sa femme, et je n'y peux trouver rien d'autre.

Il est enfin une dernière raison qu'on a parfois donnée pour cette époque, et qui semble à première vue des plus sérieuses et judicieuses, en même temps que raison positive et savante. C'est que les femmes, apportant peu de chose

(1) Cela résultera même de la *dos* subsidiaire établie par la loi ripuaire. « *Si supervixerit maritum* ».

(2) V. p. 228 et s.

de leur famille et s'y voyant même exclues de la *terra salica vel aviatica*, il avait fallu leur ménager une compensation du côté de leurs maris dans une belle dot maritale assurant leur veuvage. Les hommes auraient ainsi restitué, comme maris dotant leurs femmes, ce qu'ils auraient gagné comme frères excluant leurs sœurs. Voilà une raison que l'on donnera pour le Douaire après le XVIe siècle; et l'on a peine à croire qu'elle n'ait pas compté pour quelque chose dans le développement du douaire au Moyen âge. Pourtant j'éprouverai grande hésitation à vous la présenter pour le temps des invasions, même pour le XIIIe siècle, par ce motif, que je n'ai jamais pu l'entrevoir dans aucun texte, pas même chez nos coutumiers du temps de Saint-Louis; tandis que j'ai lu des chartes, et en grand nombre, affirmant que le mari dote et doit doter sa femme *pro amore et honore*.

2°

Voilà la *Dos*, ses origines, ses traits principaux, ses caractères, qui persisteront dans le douaire français. Mais elle n'était pas, au temps des invasions, la seule libéralité d'usage que les maris devaient à leurs femmes. Et le *Morgengab* pourra nous servir encore à mieux comprendre l'idée première de la *dos*, dans laquelle il a fini lui-même par se confondre et s'absorber.

Ce *Don du matin*, c'était non plus un don d'avant le mariage, mais un don du lendemain, comme souvenir d'affection et de gratitude : « *ob pretium virginatis* » ainsi que le laissent entendre les poésies scandinaves ou allemandes. Et c'est bien là encore une inspiration sentimentale et très germanique, quoique nous ayons bien vu quelque sentiment pareil, à Rome, aux origines de la *donatio ante nuptias* (1).

Ce *Morgengab* ayant ainsi un caractère plus intime que la *dos* n'était pas d'ordinaire consigné par écrit. Il résul-

(1) V. p. 228.

tait : ou d'un simple don manuel « *quidquid ei in morgengeba traditum est* », dira la loi Ripuaire; ou même, d'une promesse du mari, pour laquelle, d'après certaines lois, la femme était crue sur son serment(1).

Aussi nous est-il resté fort peu de documents, et, chez les Francs, nulle formule, nulle charte de *morgengab*, qui paraît bien d'ailleurs n'avoir jamais eu, parmi eux, l'importance de la *dos* (2).

Ce qui paraît bien plutôt, c'est que ce don resté chez les Francs un pur cadeau d'usage (comme on en pourrait faire encore de nos jours), semble avoir bientôt faibli, pour disparaître à titre de coutume juridique. Ou plutôt, il y eut tendance à le réunir avec la *dos*, en le stipulant aussi avant le mariage et le confondant avec elle. Vraisemblablement, voici comment les choses durent se passer souvent. La famille disait au mari : vous êtes tenu d'une *dos* avant le mariage, d'un *morgengab* ensuite; prévoyons le tout ensemble dans la *Dotatio* qui comprendra les deux libéralités maritales. On pourrait appuyer cette hypothèse du texte des formules franques qui, ne parlant jamais de *morgengab*, prévoient aux *libelli dotis* des dons d'argent, de vêtements, ou de bijoux, à côté de la *dotatio* proprement dite en immeubles et en bétail. Mais elle résulte bien d'ailleurs du traité d'*Andelot*, passé en 587 pour régler la

(1) *Loi des Alamans, Tit. 56 n° 2. Si autem ipsa femina dixerit « maritus meus dedit mihi morgangeba » computet quantum valet aut in auro aut in argento aut in mancipiis aut in equo pecuniam XII solidis valentem Tunc liceat illi mulieri jurare per pectus suum et dicat « quod maritus meus mihi dedit in potestate et ego possidere debeo ». Hoc dicunt Alamani nastahit.*

(2) Quoique certains historiens aient tenté d'y rattacher les origines de notre communauté, en imaginant de dire que le mari convenait d'une association à ses acquêts futurs, à titre de *morgengab*; supposition purement gratuite chez les *Francs*. — Elle serait tout au plus possible chez les *Lombards*, où le *morgincap* joue le principal rôle comme dot maritale et où l'on s'accoutuma, faute de *collaboratio*, à le concevoir comme assignant à la femme une partie de ce que le mari « possédait ou pourrait acquérir », un quart au maximum. — V. *Luitprand*, n° 7, et les formules lombardes.

succession de Galshuinte; traité, où nous voyons sa sœur Brunehaut recueillir une partie des cités qui avaient été assignées à Galshuinte « *quas eam tam in dote quam in morgengeba* (*hoc est, matutinali dono*), *in Franciam venientem certum est adquisiisse* (1) ».

3°

Le mari, dotant et gratifiant sa femme de biens souvent considérables, est-ce à dire qu'elle même ne transmettait rien à son mari? Tacite avait dit déjà : « *Invicem ipsa armorum aliquid viro offert* ». Mais il n'a constaté qu'un échange de présents. Il semble ici n'avoir pas tout indiqué, surtout quant aux moindres familles.

L'usage était sans doute, en dehors de quelques présents vraiment transmis en propriété, que la femme apportât de son côté ce que nous nommons le *trousseau*; c'est-à-dire, outre ses effets personnels, quelque mobilier de ménage et le plus souvent un lit, une table, des bancs ou des chaises venus de la maison de son père. Rien de plus naturel à ces époques de mœurs simples et naïves, puisque nous le voyons souvent encore dans nos campagnes. Nous le lisons d'ailleurs dans ce vieux texte salien dont j'ai déjà parlé(2); et c'est à quoi fait allusion aussi la loi des Alamans quand elle parle de la veuve devant reprendre : « *Quidquid de sede paterna secum attulit* ». C'est bien le trousseau, tel que l'idée s'en retrouvera dans nombre de nos coutumes rédigées et qui formait parfois tout l'apport de la femme, d'autant qu'elle n'avait souvent plus rien d'autre à prétendre des siens, surtout comme terres.

(1) Gr. Tours, L. 9, n° 20. — Et ce texte confirme bien en outre que *dos et morgengab* avaient été transmis en propriété à Galshuinte, puisque Brunehaut, sœur et héritière, les recueillait dans la succession de Galshuinte, quoique celle-ci fût morte avant Chilpéric son mari.

(2) V. p. 385, note 1.

Au lendemain des invasions, avec le progrès de la propriété individuelle, les femmes en se mariant purent avoir ou recevoir davantage de leur côté. Dans Grégoire de Tours on voit les filles des rois ou des grands, emportant avec elle des chariots d'effets ou de présents; mais là encore nous pouvons relever que de leur famille elles recevaient plutôt des choses mobilières que des biens-fonds. Et c'est un trait qui persistera. — Pourtant, quand la fille, à défaut de frères, avait recueilli l'hérédité de ses parents, ou lorsqu'elle y avait été rappelée contre cette rigoureuse règle d'exclusion de la *terra salica vel aviatica*, elle pouvait apporter aussi des immeubles ou en recueillir en cours de mariage; ce qu'on appellera dans l'usage : ses *propres*. Et déjà Grégoire de Tours s'exprimait ainsi quand il nous parle de la veuve reprenant ou gardant : « *quod proprium adduxit*.—De là se formait ce qu'on voit nommé parfois alors le *faderfium*; ce qu'en notre Moyen âge on appellera si volontiers le *maritagium* ou le mariage des filles (1).

Mais observons le bien. L'usage constant, à l'époque des invasions et aux temps qui vont suivre, sera de n'appeler jamais cet apport des femmes du nom de *dot* réservé à la *dos ex marito*. Ni les apports immobiliers, ni même, je crois, le trousseau primitif ne ressemblaient vraiment à la dot romaine, puisqu'ils n'étaient point transmis en propriété au mari. J'ajoute qu'en dehors du trousseau, nul apport de la femme ne semblait d'usage obligatoire dans les mariages Il est visible que les barbares n'avaient pas l'idée d'une dot *ex uxore ad onera matrimonii*, qui s'était imposée à Rome par les nécessités primitives du système familial, et par les exigences ultérieures de la richesse et du bien être. Pour les Germains, ce qui était vraiment obligatoire entre futurs

(1) Glanville, L. 7, Tit. 1 : *Secundum leges romanas proprie appellatur dos, id quod cum mulierè datur viro, quod vulgariter dicitur maritagium*. — Et de là, dans la coutume de Normandie, les termes de *Mariage avenant* ou de *mariage encombré*, au sujet de l'apport dotal des femmes.

époux, c'était une *datio* du mari à sa femme ; d'où le nom de *dos* assez justement transposé pour la *datio* maritale faite dans le *libellus dotis* de l'époque franque. — Une maxime célèbre qui paraît avoir remonté au moins à un concile du VIᵉ siècle, se formulait alors ainsi : *nullum sine dote fiat conjugium.* Elle pourrait paraître aussi bien maxime romaine. Et pourtant elle ne s'entendait plus alors dans la Gaule que de la *dos ex marito* (1). Et on peut bien le suivre dans Glanville quand il nous dit que : « *Dos dicitur vulgariter id quod liber homo dat sponsæ suæ ad ostium Ecclesiæ tempore desponsationis suæ.* »

§ 2.

La situation pécuniaire des époux ainsi comprise et établie à l'époque du mariage : *quel était, durant l'union conjugale le régime de tous ces biens*, soit des biens gardés par le mari, soit de ceux par lui transmis à sa femme ou apportés par elle ? — Quel, aussi, le régime *des acquisitions ultérieures?* — Et comment s'exerçait, en droit, l'*action commune ou distincte des époux?*

Voilà ce qu'on voudrait pouvoir démêler aussi, toujours suivant les vraies données franques au temps des invasions. Mais combien peu de documents sur tous ces points, qui, sans doute, étaient bien confus encore comme coutume juridique ! Voyons pourtant ce qu'il est possible de constater ou conjecturer.

1° Et d'abord, la femme avait-elle la *disposition libre*, ainsi que l'*administration* et la *jouissance* de ses biens personnels, même de la *dos* fournie par son mari ? — Ils sont à elle et en pleine propriété. Après Tacite, lois, chartes et formules s'accordent à nous le dire ; et j'ai déjà cité le langage si explicite des *libelli dotis* parmi les Francs (2).

(1) V. aux capitulaires de *Bened. Lev.* L. 6, n° 130 : *Nullum sine dote fiat conjugium ; nec sine publicis nuptiis quisquam nubere presumat.*

(2) V. p. 419, note 1.

Mais pouvait-elle les gouverner à sa guise? Ici revient la question d'autorité maritale. Le mari n'avait-il pas, à titre de *mundium*, ce pouvoir légal avec larges attributs sur les biens de sa femme, que lui reconnaîtra plus tard notre coutume française à titre de *puissance* maritale? Je m'en suis déjà expliqué en vous montrant qu'en droit, je ne voyais rien de ce *mundium* dans nos textes germains de Gaule, et que les termes même des *libelli dotis* résistaient à l'idée de reconnaître un tel pouvoir établi de droit chez les maris. Mais *Frédégonde* elle-même nous le dira plus nettement tout à l'heure.

Seulement, j'ai ajouté qu'en fait, le mari gardait souvent le gouvernement de la fortune de sa femme, qui n'en disposait guère sans lui. C'est lui qui en avait d'ordinaire la gestion. Peut-être même n'avait-il pas besoin, à cet égard, de ce mandat formel, assez usité parmi les Gallo-Romains et qu'on retrouve aussi, formellement prévu, dans la loi barbare des Wisigoths (1). L'aptitude et la supériorité naturelle du mari le veulent ainsi; et je crois bien qu'il était souvent mandataire tacite, ou représentant de sa femme, si elle ne concourait pas avec lui. Mais je ne vois là rien qui fut un droit reconnu pour le mari, jusqu'à ce que l'usage ordinaire, trouvant sa confirmation dans le précepte chrétien, passât vraiment en coutume juridique : « *quoniam vir caput mulieris* ».

J'en dirai autant de la *jouissance* qui était ordinaire-

(1) L. W. L. 2, t. 3, VI : « *Femina per mandatum causam non suscipiat, sed suum proprium negotium in judicio proponere non vetatur. Maritus sanè non sine mandatum causam dicat uxoris, aut certe ante judicem se tali obliget cautione quod uxor negotium ejus non revolvat; et si revolverit, damnum quod cautio demonstrat, maritus recipiat, qui sine mandatum causam dicere præsumsit uxoris;* et toute la suite du texte, qui est donnée parmi les *Antiqua*. Les formules de l'époque franque « *Mandatum, qualiter maritus uxoris negotium prosequatur* » (F. Tur., n° 20 et autres) se rattachent évidemment, comme ce texte wisigoth, à la construction romaine du mandat conjugal. — Mais où donc trouver en tout cela la prétendue coutume juridique du *Mundium marital*, comme existante à cette époque?

ment commune entre époux barbares, comme d'ailleurs entre Gallo-Romains, mais sans qu'il y eut là rien d'obligatoire, ni vrai droit de jouissance du mari.

Et j'y vois moins encore un droit d'*autorisation maritale*. Rien de tout cela, je l'ai dit, n'est encore organisé, ni même articulé chez les Francs au temps des invasions, quoique, sous la direction nouvelle, tout cela commence de s'établir en coutume générale.

Mais ici, dans l'état des faits et des mœurs, ce qui me paraît le plus vraisemblable, c'est que, chez les Germains autant et plus peut-être que chez les Gallo-Romains, mari et femme ne manquaient guère d'agir à deux, soit pour jouir de leurs biens, soit pour faire des actes d'administration, et plus encore pour en disposer.

2° *Ce concours constant*, c'est la donnée la plus naturelle dans un vrai ménage. Elle s'accorde avec les mœurs entrevues et décrites par Tacite. Elle sera confirmée par toute la suite des documents de l'époque franque, sitôt que nous les verrons se dérouler (*loi Ripuaire*, *chartes* ou *formules*). Elle était aussi de précepte chrétien. Je crois donc que l'action à deux et la jouissance commune, qui avaient commencé de se répandre et de tourner en usage chez les Gallo-Romains, étaient plus encore acceptées et usitées dans les mœurs franques. Oui, l'*action à deux*, avec le mari dirigeant et figurant toujours en premier, comme nous le reverrons dans les actes et formules. Mais l'action à deux, comme pratique volontaire, sans rien qui l'imposât comme règle de droit, et aussi sans rien qui témoignât d'un *mundium marital*, affirmé et manifesté par une forme quelconque d'autorisation ou d'assistance.

Voilà, pour moi, l'*état des faits et des mœurs*. — Et ainsi : on use du mobilier et des revenus en commun, sans compte réciproque. On acquiert ou on aliène en commun, appelant volontiers « *nostra hereditas* » le bien aliéné quand même il est de source propre à l'un ou à l'autre. Une do-

nation, même méritée spécialement par l'un des époux, est le plus souvent reçue à deux, dans un acte où ils figurent ensemble. C'était, je veux le croire, tendance germanique et *surtout franque* (car nous ne retrouvons pas cela, autant, chez les Wisigoths ou chez les Lombards). Mais vous pensez bien aussi que le précepte chrétien : « *Mari et femme ne font qu'un* », ne fera que fortifier cet usage même, et les effets juridiques de cet usage.

Et de là, de ce concours constant des époux, est venue cette expression : *Collaboratio* ou *Simul Collaborare*, comme pensée et comme expression naturelle à cette époque pour la population tout entière, gallo-romaine ou purement franque. *Simul consumere*, c'est la même idée; parce qu'outre la jouissance commune, les époux le plus souvent aliènent ou s'obligent ensemble. Cela devenait usuel chez les Gallo-Romains puisque le *Velléien* ne s'y opposait plus, et qu'il fallait ce concours même pour les biens fonds de la dot ou de la *donatio ante nuptias*. Et tel était d'autre part l'usage tout naturel des Francs, chez qui nulle restriction analogue à celle du *Velléien* n'a dû jamais exister. Aussi est-il bien vraisemblable que jadis, au temps des invasions, comme plus tard, les femmes s'engageaient volontiers à côté des maris. Et c'est ce que j'appelle en toutes choses le concours juridique des époux, concours usuel, mais concours libre.

3° Rien non plus ne devait les empêcher de *se faire donation* séparément ou mutuellement, et ici bien plus librement qu'à Rome. Je ne dis pas *tester*, parce que le vrai testament (personnel et révocable) était inconnu des Germains. Ils ne savaient que *donner*, par acte entre vifs et irrévocablement, soit des biens présents ou des biens à venir. Mais, ce don, ils l'admettaient, ce semble, tout aussi bien entre époux qu'envers des tiers, sans précaution méfiante. Il était seulement naturel et habituel en ménage qu'à part le *morgengab*, toutes autres donations fussent plutôt mutuelles et faites pour le cas où il n'existait pas d'enfants. Et déjà dans

le vieux texte salien, cette idée semble bien apparaître à ces deux mots : « *tamen si per affatimus antea non cromaverint* (1) ».

Ainsi se passaient les choses durant le mariage.

4° Et maintenant : du règlement de biens *après la dissolution du mariage*, nous savons moins encore pour cette première époque, faute de documents. Mais nous avons ici encore le vieux texte salien. Il ne dit rien de la *collaboratio* qui n'y est pas encore prévue et que la loi Ripuaire seule viendra régler. Pour le reste, il en résulte que chacun reprenait ses biens personnels.

Donc la femme, outre son trousseau, mobilier et autres apports, reprenait aussi la *dos* que son mari lui avait assignée. Ce 1er capitulaire (*nos 7 et 8*) vient seulement, pour le cas de second mariage, l'obliger d'abandonner quelques parties de ces reprises, « *ut pacem habeat parentum* », et aussi lui prescrire de conserver intacte la *dos ex marito* pour les enfants. — Quant au mari, il ne reprend que ses biens et acquisitions, sauf précaution aussi en faveur des enfants, pour qui il doit conserver la *dos* assignée à leur mère. — Donc, en tout cela, nulle communauté de droit n'apparaît encore formulée et réglée par coutume juridique, encore qu'il y eût souvent communauté d'action dirigée par le mari, dans les faits et les mœurs (2).

(1) *Cap. 1 n° 8 in fine.* — Voici tout ce n° 8 qui vient s'ajouter au n° 7, reproduit p. 385. « *Si quis uxorem amiserit et aliam habere voluerit, dotem quam primariæ uxori dedit, secundæ ei donare non licet. — Si tamen adhuc filii parvuli sunt usque ad perfectam ætatem res uxoris anterioris vel dotis causa liceat judicare ; sic vero ut de has res nec vendere nec donare præsumat. — Si vero de anteriore uxore filios non habuerit parentes, qui proximiores sunt mulieris defunctæ, duas partes dotis recoligant et dua lectaria dimittant, duos scamnos coopertos et duas cathedras. Quod si istud non fecerint tertia sola de dote recoligant, — tamen si per adfatimus antea non cromaverint.* »

(2) Sur ce point si important dans la question des origines de notre communauté, le silence du *1er Cap. n° 7* me paraît décisif. Ce texte avait pour objet de régler les droits d'une veuve en face de la famille de son

Aussi je n'hésite pas à conclure que, s'il était possible de parler de quelque *principe juridique dominant* dans l'état rudimentaire et confus de l'usage franc à l'époque des invasions, ce principe théorique devrait plutôt se formuler ainsi : *Egalité*, *indépendance* et *séparation des fortunes* entre époux, sauf application de leur libre et ordinaire concours. Mais je n'irai pas si loin, jusqu'à parler d'un principe juridique d'égalité et de séparation, comme à Rome; parce qu'un principe juridique, c'est une construction qui domine et organise tout un ensemble. Or je ne crois pas à l'existence d'une vraie construction juridique chez les barbares; et je vous répéterai sans cesse que je n'y vois qu'un certain état de mœurs et de tendances, encore inorganisées dans la sphère du droit.

Voilà *mes conclusions*, qui seront pour surprendre ceux qui croient si volontiers aux origines purement germaniques de notre communauté, et qui croient surtout au grand principe juridique du *mundium*. — Aussi, malgré tout ce que j'ai relevé, silence des lois, silence ou langage même des formules, j'ai besoin, pour vous comme pour moi même, de tout confirmer par de vrais exemples, aussi clairs que possible. Je vous ai déjà cité Berthegonde. Nous allons voir maintenant un autre passage de Grégoire de Tours, bien plus précieux encore pour nous éclairer sur ce que pouvait être la situation respective des époux de race franque, quant à leurs biens et intérêts. Et ce même passage va nous servir de témoignage d'ensemble sur bon nombre des questions que nous avons dû analyser, au sujet du mariage chez les Francs. Voilà pourquoi je l'avais gardé jusqu'à présent.

Je puis bien supposer que *Chilpéric* et *Frédégonde* étaient tous deux *des Francs* et même *Francs Saliens*. Or le mo-

mari, et il nous la montre reprenant sa *dos ex marito* avec ses apports mobiliers, sans parler ni de *collaboratio* ni de part d'acquêts. N'est-ce pas la preuve manifeste que nulle coutume juridique de communauté ni de partage d'acquisitions n'était encore reconnue chez les Francs?

ment est venu pour eux de marier leur fille *Rigonthe* demandée par le fils du roi Wisigoth Leuvichild et qui lui a été déjà promise : « *desponsata* (1) ». — Déjà Chilpéric a pris soin d'envoyer quelques-uns de ses leudes pour vérifier la *dos* assignée pour sa fille « *qui ad conspiciendam dotem in Hispanias fuerant missi et regressi sunt* ». — Les députés Wisigoths arrivent pour réclamer et emmener la fiancée(2); et ce sont des présents qu'ils apportent : « *deferentes munera* ». Je ne vois pas le prix d'achat.

Le jour de la célébration des noces est venu. Devant les principaux de son royaume, Chilpéric veut faire grandement les choses. Il faut qu'un grand nombre d'esclaves fiscalins accompagnent sa fille, et il les fait mettre de force sur des chariots(3). Puis *Chilpéric*, au moment même de remettre sa fille, lui donne de grands trésors qui seront son avoir mobilier : « *Traditaque legatis Gothorum, magnos ei thesauros dedit* ».

Jusque là, rien de *Frédégonde*. C'est Chilpéric qui nous est montré comme fiançant sa fille, vérifiant la *dos*, recevant les présents, fournissant les apports. *Grégoire de Tours* n'a encore parlé que de lui, parce qu'au dehors c'est le père qui figure, seul ou principalement, dans toute la négociation d'un mariage, alors même que sa femme est derrière lui pour le conseiller ou le faire agir. Mais le jour même des fêtes nuptiales, une mère apparaît aussi et au premier rang pour figurer au mariage de sa fille. Et quand c'est une parvenue, comme Frédégonde, on peut bien croire

(1) L. 6, n° 18.

(2) L. 6, n° 34. « *Ut filiam suam, secundum convenientiam anteriorem, filio regis Leuvichild tradere deberet in matrimonium* ». C'est bien la *tradition* matrimoniale après *desponsatio* et *dotatio*, dont j'ai parlé au 14e cours.

(3) L. 6, n° 45. Quelques personnes de bonne naissance, obligées aussi de partir jusqu'en Espagne pour faire cortège, en ont tant de souci qu'elles écrivent leurs dernières volontés en faveur des Églises, en recommandant de les ouvrir sitôt qu'on toucherait la frontière d'Espagne, « *tanquam si jam essent sepulti* ».

qu'elle n'entrera pas en scène sans ostentation. La voici, en effet, qui donne à son tour « *une telle quantité d'or, d'argent et de vêtements, que le roi, tout surpris, s'imagine qu'il ne va plus rien lui rester* »(1). Le voyant tout ému, Frédégonde se retourne alors vers les grands et leur dit en substance, ce que Grégoire nous a rapporté comme témoin oculaire. Et je vous le donne d'abord traduit en français sauf à insister ensuite sur quelques mots caractéristiques du texte latin. « *Ne croyez pas, messires, qu'il y ait là rien des trésors venus des rois précédents. Tout ce que vous voyez a été pris sur mon bien propre; car le très glorieux roi m'a lui-même fait de grandes libéralités. Mais j'ai encore acquis bien des choses de mon côté, et j'ai pu amasser beaucoup, grâce aux fruits et revenus des domaines qui m'ont été concédés. Vous mêmes, d'ailleurs, ne m'avez-vous pas comblée de vos présents, d'où provient beaucoup de ce que vous voyez devant vous. Il n'y a donc rien là des trésors publics* ».

Eh bien ! ne voyez vous pas les questions qui se pressent autour d'un texte aussi précis ?

1° Et d'abord, où donc est il ce *mundium marital*, qu'on a tant affirmé chez les Francs, comme coutume juridique? Frédégonde a pu acquérir de toutes manières et recevoir nombre de donations, même à l'insu du roi. Et elle s'en vante publiquement. — Où donc est la trace de quelque *autorisation maritale* obligatoire?

2° Frédégonde a de plus *joui librement* et exclusivement des dons venus du roi ou des grands, au point d'amasser de son côté de beaux trésors pour le mariage de sa fille. — Où donc est l'administration et la jouissance, qu'on prétend avoir été de droit pour le mari, à titre de *mundium?*

3° Elle garde tout cela en propre, comme elle a acquis pour son compte. « *Et ego nonnulla de proprio congregavi*

(1) *Sed et mater ejus immensum pondus auri argentique sive vestimentorum protulit, ita ut videns hæc, rex nihil sibi remansisse putaret.*

labore. Omnia quæ cernitis de mea proprietate oblata sunt ». Où donc apercevoir l'idée d'une coutume juridique de communauté légale, impliquant co-propriété et action commune tout à la fois? — Et voyez-vous l'importance des mots! Nous sommes en Neustrie, à dix où quinze ans peut être du jour où la loi ripuaire va s'occuper *de omni re quod simul collaboraverunt*. Et Grégoire de Tours nous rapporte suivant l'usage alors constant du même mot latin : *laborare*, (*acquérir*), que Frédégonde a pu garder et entasser ce qu'elle a acquis *de proprio labore*.

Voilà pourtant ce qu'on pouvait dire publiquement et en haut lieu, devant une réunion de Francs, sans nulle apparence de violer ni loi, ni coutume. Ne voyez-vous pas d'ailleurs comme tout cela se relie bien avec ces *libelli dotis* affirmant l'entière liberté des femmes quant à la *dos* même qui leur est assignée par le mari! — J'en conclus d'autant plus fermement que vers 584, date de ce mariage de Rigonthe, suivi bientôt de la mort de Chilpéric (585), puis du traité d'Andelot (587), il n'y avait pas de système ou de coutume arrêtée chez les Francs dans le sens d'une organisation, ni même d'une affirmation juridique de puissance maritale et de communauté. Le principe de droit, s'il y en a un, c'est plutôt l'égalité, l'indépendance, la séparation comme à Rome. Et ce prétendu *mundium* juridique des Francs, s'il a jamais existé dans les brouillards de leur préhistoire, c'est la tente de voyage qu'on aura laissée ou quittée en route, même avant de passer le Rhin, tandis qu'on se fut accommodé bien vite des constructions juridiques de Rome, même en droit matrimonial.

Je voudrais avoir pu vous rendre ainsi l'ensemble d'idées, de sentiments et d'usages, qui prévalaient alors dans cette société barbare du temps des invasions. — Vous n'oublierez pas ce que j'ai admis avant tout : que les hommes, comme maris, avaient le plus souvent pour eux, dans leur ménage, l'avantage de la supériorité masculine et d'un certain

état des mœurs. Tout devait tendre à fortifier plutôt cette situation naturelle dans une société rustique et guerrière, où l'homme, loin d'être gêné par une dot venue de sa femme comme aux temps de luxe et de bien-être, devait se sentir au contraire plus fort et plus fier de la *dos* par lui constituée. — Mais, encore une fois, *nulle coutume juridique établie*, c'est-à-dire *articulée et sanctionnée.* Et partout où la femme était capable de vouloir et de soutenir, pour elle, la séparation et l'indépendance, elle le pouvait, plus même qu'aujourd'hui une femme séparée. Elle pouvait même l'affirmer hautement, sans qu'on songeât à lui opposer une règle de droit. Berthegonde nous l'avait déjà montré. Mais peut-on en douter, après l'exemple de Frédégonde (1)?

Il faut achever; et j'en induis qu'en l'absence de coutume matrimoniale mieux assurée chez les barbares, et au contact de la société Gallo-Romaine, les tendances et les mœurs natives des Germains se seraient sans doute affaiblies et perdues pour se plier au système du Droit Romain, — s'il n'avait existé une influence et une action nouvelle, qui déjà travaillait fortement aussi tout le monde romain contre son droit classique et qui l'inclinait, lui-même,

(1) Eh! qu'on ne dise pas, pour infirmer l'argument tiré de ce passage sur Frédégonde : « il s'agit là d'une reine et d'un ménage royal échappant aux règles ou aux coutumes communes ». Tout nous montre, d'ailleurs, que pour la succession de la terre, comme pour la fixation de la majorité, les rois francs n'avaient d'autres lois que celles de tous. Grégoire de Tours le constate au sujet de l'*adoptio in hereditatem* de Childebert II par Gontran (L. 7, n° 33). — Et enfin pour Frédégonde même, ne voyons-nous pas que le jour où Gontran s'avisa d'émettre un doute sur la légitimité de Clotaire II, elle dut recourir à la preuve ordinaire par *cojuratores* en faisant jurer par trois évêques et trois cents notables de son royaume que Clotaire II était bien le fils de Chilpéric (L. VIII, n° 9). — Ce même passage peut s'invoquer aussi pour établir que Frédégonde avait bien la tutelle et la garde de son fils. Car comment expliquer autrement que Gontran, choisi pour parrain, se plaigne de n'avoir pas encore vu cet enfant, et qu'on tarde tant à le lui présenter pour le baptême, s'il avait eu vis-à-vis de lui, comme oncle paternel, un droit de *mundium* ou de tutelle ?

à de nouvelles pratiques d'association conjugale dirigée par le mari. Or, cette autorité du christianisme, qui venait diriger le mariage par de véritables préceptes nettement formulés et extraits de l'Écriture Sainte, devait avoir bien plus de prise encore sur ces barbares. Car n'étaient-ils pas tout disposés à la vénérer, comme nouveaux convertis, tout préparés à l'accepter sincèrement, comme meilleure, et comme répondant mieux à leurs natives et naturelles tendances? D'autant qu'ils n'étaient en rien gênés ou embarrassés par des constructions différentes, et formaient ainsi un terrain neuf, tout propice aux constructions prochaines.

§ 3.

Deux textes fondamentaux *des lois barbares rédigées en Gaule*, vont nous apparaître dès cette époque (VIe siècle), commençant d'ordonner en droit positif et dans cette direction tout le régime matrimonial des personnes et des biens. Comme ils sont dans la loi Gombette et dans la loi Ripuaire, ceux qui ne font pas assez attention ni aux dates, ni au cadre général de l'histoire, ont répété trop facilement que c'était du droit propre aux Germains. — Avant de les reprendre ultérieurement, ces textes, qui sont à mes yeux les premières assises du droit nouveau, je dois au moins vous les indiquer dès maintenant, pour relever leur date et leur source précise, et afin que nous puissions mieux saisir de quelle direction ils proviennent.

I

L'un, le plus ancien, est *dans la loi Burgonde*. Ce n'est qu'une seule phrase, en un petit titre qui est reconnu comme *ayant formé addition au texte primitif* arrêté d'abord par *Gondebaud*. Il doit dater d'entre 510 ou 520, au plus tard. Et c'est une constitution royale (*jubemus*), qui vise et formule un principe général pour toute femme mariée, aussi bien romaine que burgonde.

Je le traduis d'abord :

« *Pour toute femme, qui s'est librement mariée, Burgonde ou Romaine, nous ordonnons que le mari, vu qu'il a puissance sur elle, ait aussi puissance sur tous ses biens* ».

Et voici le texte même au T. 100 : *Quæcumque mulier, Burgundia vel Romana, voluntate sua ad maritum ambulaverit, jubemus, ut maritus ipse facultatem ipsius mulieris, sicut in ea habet potestatem, ita et de omnes res suas habeat.*

Voilà une puissance maritale, nettement affirmée sur la personne et les biens de la femme, comme le principe en subsistera dans toute la suite de notre droit français. Mais elle n'est encore que proclamée; car vous voyez que le texte ne précise rien des attributs de cette puissance, pas même sur les biens. Ni administration, jouissance et disposition, ni représentation judiciaire, rien n'est indiqué. Et c'est bien plutôt une direction tracée, qu'une coutume vraiment établie.

Mais *d'où vient elle* ? — Est-ce là un rappel ou une extension du *mundium* germanique? Ce texte n'en dit mot (1) Il n'a parlé que de *potestas* qui est le terme romain et, nous allons le voir, celui de la Vulgate. — Est-ce une règle traduite en latin pour les Germains? Mais le texte vise aussi bien les femmes romaines que burgondes! Où voir donc là une coutume germanique?—Et c'est bien un texte d'organisation nouvelle pour tout le royaume burgonde : *jubemus*. Il n'est donc rien, qui traduise une confirmation ou organisation du prétendu *mundium*.

Je tiens pour mon compte, que ce texte procède surtout de l'inspiration directe des Livres Saints, qui a guidé ce législateur burgonde. Et je crois pouvoir déjà vous le mon-

(1) Tandis que Saxons et Lombards diront *mundium*. — Or, la loi Burgonde, elle même, a bien su employer à l'occasion les termes *Witemon*, *morgengab*, *novigildum*, etc., quand elle parlait de coutumes vraiment germaniques.

trer, rien que par la contexture de la phrase, et un autre mot antérieur de la loi wisigothe d'Euric.

Remarquez bien en effet comme parle le texte burgonde. Ce n'est pas lui qui paraît poser un principe de puissance sur la personne, mais bien plutôt le supposer admis, pour passer par voie législative à son extension sur les biens : *jubemus ut maritus, sicut in ea potestatem habet, ita et de rebus*, etc. — Mais ce principe de puissance sur la personne, préexistant et présupposé, où était-il donc écrit? Où, sinon dans toute la littérature de l'Église, répétant et commentant sans cesse le passage de la Genèse, où Dieu dit à Eve : *Sub potestate viri eris et ipse dominabitur tibi.* Voilà d'où vient la formule et le *mot même* de puissance maritale, *potestas*, que le législateur burgonde songe maintenant à faire descendre et à développer *sur les biens*, et pour toute femme du royaume (1). Ainsi le langage même de la loi burgonde est bien en harmonie avec ma conjecture. — Mais voici mieux encore chez les Wisigoths.

Les *Wisigoths*, quant à eux, ne semblent avoir rappelé ni posé nulle part, en un texte précis, le principe d'une puissance maritale sur la personne et sur les biens (2). Mais ils se posaient des questions se référant à des droits du mari, notamment celle-ci, qui sera bien à retenir quant aux origines de la communauté! Qu'advenait-il du butin qu'un guerrier wisigoth pouvait gagner dans ses expéditions, s'il y avait employé les esclaves de sa femme? Ce butin, il le gardera tout entier pour lui, dit le texte, qui par cela seul prouve bien qu'il n'y avait pas encore communauté d'acquêts; et j'y reviendrai. — Et comment explique-t-il ce bénéfice tout réservé au mari? parce que le mari, ayant puissance sur la personne de sa femme, doit avoir égale-

(1) Et nous avons bien vu que Frédégonde, soixante ans après, ne l'avait pas encore entendu.

(2) C'étaient bien pourtant des barbares, eux aussi, qui connaissaient le *pretium nuptiale*, et qui auraient dû dès lors consacrer le *mundium*, s'il avait vraiment existé parmi eux comme coutume juridique.

ment puissance sur ses esclaves et le produit de leur concours. — Mais d'où donc tient-il toute cette puissance? N'est-ce pas cette fois du *mundium?* « — *Sed vir, qui uxorem suam secundum Sanctam Scripturam in potestate habet, similiter et in servis ejus potestatem habebit, et omnia quæ cum servis uxoris vel suis in expeditionem adquisivit, in sua potestate permaneant* » (C. *Euric*, n. 323). Or ce texte est de 480; il est antérieur de 30 ans environ au texte burgonde. Eh! ne nous fait-il pas bien comprendre comment la *loi Burgonde* a pu, elle aussi, présupposer la puissance sur la personne, pour en déduire l'application positive qu'elle en voulait faire aux biens.

Voilà comment je crois voir et j'explique que cette *potestas*, ainsi juridiquement proclamée, n'est pas principalement une traduction ou consécration d'un *mundium* germanique; mais bien plutôt une première organisation et bien incomplète encore des préceptes chrétiens : « *Sub potestate viri eris* » ou « *Subdita viro, quoniam vir caput mulieris* ». — Mais d'ailleurs entendons-nous bien, et n'exagérons rien de ces conclusions. Je ne conteste nullement que Burgondes et Wisigoths étaient d'eux-mêmes mieux disposés que les Romains à accepter et à consacrer cette *potestas*. Nous l'avons bien vu, puisque peu avant (*en 450*), les Empereurs avaient refusé de formuler un principe juridique d'autorité maritale sur les paraphernaux de la femme, tout en déclarant que ce principe serait bon et désirable[1]. Cette pensée chrétienne, les barbares commencent de la réaliser, dans leurs royaumes, un demi-siècle après. C'est qu'aussi mieux habitués à reconnaître *dans leurs mœurs* la suprématie naturelle du mari, ils n'étaient en outre nullement gênés par aucune construction contraire, qui les empêchât d'écouter et d'organiser en droit le précepte chrétien. Mais qu'on ne prétende pas non plus qu'ils ont voulu simplement conserver et rédiger leur *cou-*

(1) V. p. 182 et 214, et l'*Appendice* sur la lettre de saint Augustin.

tume juridique et traditionnelle de *mundium marital*, quand tout l'ensemble des textes et des faits résiste visiblement à cette conjecture! (1)

Et j'en dirai autant pour la *loi ripuaire,* quand elle viendra, dans un bout de texte, sans organisation générale de principe, énoncer que l'on ne peut valablement faire un échange, un dépôt, ou quelque autre contrat avec la femme d'autrui, pas plus qu'avec un *servus alienus* ou avec un enfant. C'est la reconnaissance implicite d'une autorité maritale, sans doute, mais qui ne rappelle expressément aucune donnée ni tradition de *mundium.* Et le texte a pris soin d'ailleurs de marquer que pour l'esclave, l'enfant, la femme, c'est un droit général qu'on organise : *Hoc constituimus* (*de servo*)... *Similiter de puero vel de muliere alterius constituimus* (2).

II

Mais venons maintenant dans cette *Loi Ripuaire* aux fragments vraiment principaux du droit matrimonial. Il s'agit des deux titres *37* et *49*.

Du *titre 49*, je ne dirai qu'une chose en ce moment. C'est qu'il est la disposition fondamentale des lois franques, qui est venue reconnaître et régler la *donation mutuelle entre époux.*

Déjà, il semblait avoir été fait allusion à quelque usage franc d'*affatomie* mutuelle dans un mot du vieux texte salien et nous avons vu d'autre part que les testaments mutuels, en un seul et même acte, avaient été consacrés aussi au Bas-Empire et pour l'Occident par une Novelle de Valentinien III (*449*), précisément au même cas d'époux restés sans enfants (3). — Or, la loi ripuaire vient reprendre

(1) V. à cet égard tout ce qui a été dit déjà au sujet du *mundium* au début du 16e cours.

(2) V. tout ce T. 74 regardé d'ailleurs comme texte postérieur au VIe siècle.

(3) V. p. 222, note 1.

tout ce sujet dans un texte large, et qui ne porte en rien la trace d'une disposition toute spéciale aux Francs. Elle décide *au titre 48* que toute personne restée sans enfants peut disposer de toute sa fortune en faveur de qui elle veut désigner : conjoint, parents ou étrangers, pourvu qu'on emploie les formes simplifiées et prescrites, et qu'on donne à cet acte le caractère d'un acte contractuel et irrévocable. Et c'est bien, en même temps, la première consécration légale de notre antique coutume française des *institutions contractuelles* d'héritier, comme du *don mutuel* entre époux.

C'est surtout au *titre 49*, qu'elle vise spécialement la *donation ou affatomie mutuelle entre époux*, en ajoutant que cette donation ne devra être recueillie par l'époux survivant, qu'à la condition d'en conserver le fonds pour être rendu aux héritiers du conjoint prédécédé. Le survivant aura d'ailleurs plus qu'une simple jouissance. Ce qui le prouve bien, c'est qu'il lui est reconnu le pouvoir de disposer même de quelque partie du fonds, dans deux cas : ou pour nécessité de vivre, ou pour faire quelque aumône ou pieuse libéralité, qui comptait déja dans les nécessités morales de cette première époque du Moyen âge (1). — Eh! n'est-ce pas là encore un exemple frappant des influences chrétiennes s'exerçant déjà clairement sur les mœurs et coutumes, ou même sur la législation de cette époque?

Attachons-nous surtout au *titre 37*, *le texte capital* entre

(1) Voici le texte du Titre 49. « *Quod si affatimus fuerit inter virum et mulierem, post decessum amborum ad legitimos heredes revertatur nisi tantum qui parem suum supervixerit in elemosina vel in sua necessitate expenderit* ». Pour le mieux comprendre, il faut y joindre le titre 48, ainsi conçu : *Si quis procreationem filiorum vel filiarum non habuerit, omnem facultatem suam in præsentia regis, sive vir mulieri, sive mulier viro, seu cuicumque libet de proximis vel extraneis adoptare in hereditatem vel affatimi per scripturarum seriem, seu per traditionem et testibus adhibitis, secundum legem Ripuariam licentiam habeat.*

tous ceux du royaume Franc, quant au droit matrimonial, et qui a tous les caractères d'un règlement général et vraiment organisateur. Le voici d'abord tout entier:

1. *Si quis mulierem desponsaverit, quidquid ei per tabularum seu cartarum instrumenta conscripserit, perpetualiter inconvulsum permaneat.*

2. *Si autem per seriem scripturarum ei nihil contulerit, si mulier virum supervixerit,* 50 *solidos in dotem recipiat, et tertiam partem de omni re, quam simul collaboraverant, sibi studeat evendicare ; et quidquid ei in morgangeba traditum fuerat, similiter faciat.*

3. *Quod si ex his quæ conscripta vel tradita sunt, simul consumpserint, nihil requirat.*

De quoi s'occupe-t-il ? Des droits pécuniaires de l'épouse : « *De dotibus mulierum* » (1), et non de tout ce que nous concevons comme ensemble du régime entre époux. Mais sur cette portion restreinte, quoique si importante, et qui pouvait alors prêter à confusion entre barbares et Gallo-Romains, que vient-il énoncer? *Quatre principes*, qu'aucun texte n'avait encore formulés ainsi.

1° *Liberté entière* pour l'homme d'assigner à sa femme, au moment de la *desponsatio*, un don qui sera irrévocablement fixé dans les termes de l'acte écrit. — Et nulle limite à cette largesse maritale qui n'est pas d'ailleurs qualifiée *dos* dans ce § 1.

2° Si le mari n'a rien assigné, sa femme devenue veuve aura néanmoins droit à une *dos* fixée comme valeur à 50 sous, c'est-à-dire égale environ au prix de 25 bœufs (2). Et voilà donc une première création de *dos* légale, mais sub-

(1) Comme le porte la rubrique de quelques-uns des manuscrits.

(2) On peut le voir au *T. 36* de cette même loi, qui, fixant l'estimation des choses au point de vue du règlement des compositions décide : « *Si quis wergeldum solvere debet, bovem cornutum videntem et sanum pro 2 solidis tribuat...*, etc.

sidiaire, consacrant nettement l'idée que cette libéralité est un devoir du mari.

Tandis que le même texte accuse la pensée que la femme n'aura de *morgengab*, que si le mari l'a bien voulu.

3° Voici mieux encore. La femme, en outre, pourra prétendre *un tiers* de collaboration « *de omni re quam simul collaboraverunt.* »

Elle ne l'aura, d'après le texte, que si elle survit à son mari. Je n'en fais nul doute pour mon compte. Ce n'est pas encore une véritable communauté d'acquêts, impliquant pour la femme un droit actuel et transmissible de son chef, si elle meurt la première. Ce n'est qu'un premier règlement de la *collaboratio*, c'est-à-dire, des acquisitions faites ensemble durant l'union, règlement timide encore puisqu'il n'appelle la femme qu'à un tiers, et comme survivante.

Pourtant, c'était déjà un beau début de reconnaître à la veuve le droit de participer au bénéfice d'acquisitions, réalisées ordinairement par le mari, et où, si elle avait figuré souvent dans l'usage, ce n'était qu'accessoirement, à côté de lui. Mais, si ce n'est encore l'entière communauté, c'est bien l'avenue directe vers une communauté plus grandement ouverte à la femme, comme le laisse si bien entendre le motif indicateur : « *quod simul collaboraverunt.* » Et la fin du titre va le montrer davantage dans le quatrième principe, énoncé plus largement encore.

4° (*Si simul consumpserint*), s'ils ont consommé ensemble, même ce qui avait été assigné ou remis à la femme à titre de donation nuptiale et de don du lendemain, il n'est plus rien pour elle à prétendre de ce qui a été consommé. Or, qu'est-ce à dire sinon qu'ils ont pu en concourant ensemble, aliéner, s'obliger, sacrifier même la *dos* destinée à la femme, sans que la femme puisse arguer d'incapacité ou d'inaliénabilité qui la protègent, et notamment du Velléien.

Eh bien! n'en doutez pas : *simul collaborant* et *simul*

consumunt, ces deux idées ainsi rappelées côte à côte, et pour leur donner enfin comme leur premier baptême dans une loi, c'était la communauté entre époux, déjà enfantée dans les mœurs, pour grandir et parvenir à sa maturité à brève échéance; parce que, concourir en tous actes juridiques, acquérir ou disposer ensemble. pour participer ensuite tous deux aux résultats ou aux pertes : c'est l'âme même d'une vraie communauté.

C'est donc bien là un texte capital de tous points; et il va suffire, après cette analyse, de le reprendre en son entier, pour observer comme il apparaît largement organisateur des principes du nouveau régime matrimonial, et comme il témoigne aussi de cette idée, à mes yeux capitale, que ce législateur a voulu trancher, par *un règlement d'ensemble et commun à tout son royaume,* les principales questions que soulevait alors le régime des intérêts entre époux.

En effet, quoique inséré dans la loi Ripuaire, est-ce là un texte qu'il faille considérer comme uniquement réservé aux Francs d'origine, à titre de loi personnelle, mais étranger aux autres habitants d'Austrasie, gallo-romains, et autres barbares? Non! Et tout indique dans ce texte qu'il a été formulé comme plusieurs autres dans la loi Ripuaire, à titre de règlement général du royaume.

Est-il rien d'abord dans ce titre qui *par la forme même*, le montre réservé ou destiné aux Francs? Non, pas un mot qui dise ou qui suppose qu'il s'agisse exclusivement des Francs. Et *pour le fond* des choses, prenons le soin de remarquer comme il a été conçu en termes généraux, pouvant s'adapter aussi bien aux usages des Romains ou des barbares. — Le § 1 convient aussi bien à la *donatio ante nuptias* des Romains, qu'à la *dos ex marito* des Francs. Le mot *dos* au sens barbare n'est pas même prononcé dans ce §; et toutes les expressions, avec le détail des *tabulæ*, sont bien plutôt de langage romain. — Le § 3 : *Si simul consumpserint*? Mais c'est le langage même des novelles Théodo-

siennes et du bréviaire d'Alaric sur les *fructus in commune consumpti*. Ce n'est qu'un règlement plus large des nouvelles pratiques de concours juridique pour aliéner et s'obliger ensemble, si répandues déjà dans la société gallo-romaine en même temps que parmi les barbares. — Au § 2 : *Simul collaboraverunt*? C'est l'expression même de l'époque pour toute idée d'acquisition, dite tantôt *ex proprio labore*, tantôt *ex collaboratione*. *Laborare* (pour *acquérir*) c'est le langage du Bas-Empire. On le retrouve maintes fois aussi dans les lois Burgondes (1). Et nous venons de le voir prononcé par Frédegonde dans Grégoire de Tours. Donc la question d'un partage de *collaboratio* se posait tout autant pour les époux Gallo-Romains que pour les Francs, à la suite de ces actes passés en commun, devenus si usuels. Et ainsi, rien de plus simple à comprendre que l'application, qui fut faite à tous, de ces règles Ripuaires; comme nous le verrons dans Marculf où *libellus dotis*, *collaboratio*, *interdonatio*, apparaissent si bien tracés en formule unique pour l'usage commun des habitants, — tandisque sans cette donnée nous aurions peine à nous rendre compte de la manière dont ces règles, purement réservées aux Francs, auraient conquis les Romains.

Deux mots seulement dans cette loi semblent indiquer une particularité franque plutôt que romaine.

Il est fait allusion au *morgengab* qui, sous ce nom sans doute était germanique. Mais n'est-ce pas tout simple que le rédacteur, faisant un règlement *du droit des femmes*, ait pris soin d'y ajouter d'un mot le sort du *morgengab* pour les femmes qui en recevaient. Eh! qui pourrait d'ailleurs affirmer que les Romaines, alors épousées par des barbares, ne recevaient pas aussi un *morgengab*, comme les Romains épousant des femmes franques étaient aussi

(1) Voy., notamment, L. *Gombette*, t. I, n° 1 et t. 14, n° 6; mais *collaborare* ne s'y trouve pas encore.

conduits à en donner? Il y avait donc là un point à rappeler dans ce règlement général du droit des femmes.

L'autre point plus frappant, c'est que, prévoyant le veuvage de la femme à qui rien n'aurait été assigné, et voulant lui assurer un gain de survie, la loi est venue dire : *50 solidos in dotem recipiat. In dotem*, en ce sens, c'est bien l'idée de *dos ex marito*, tout l'opposé de la dot romaine. Et l'apparence est ainsi, d'abord, celle d'une règle formulée en particulier pour les Francs. Mais cela est-il bien sûr, et faut-il s'étonner du terme employé? Ni le droit romain, ni le droit franc ne connaissaient jusque-là de disposition légale assurant le sort de la veuve, qui n'aurait reçu de son mari ni *donatio ante nuptias*, ni *dos* avant le mariage. Or le sentiment nouveau de cette société tout entière était de faire un devoir au mari de pourvoir au sort de sa femme, et plus encore de sa veuve. Eh bien! c'est à cette inspiration que la loi Ripuaire s'est conformée, en posant par innovation le principe d'un droit de survie pour la veuve. Quoi d'étonnant à ce qu'elle l'ait fait avec le caractère et le terme de *dos ex marito*, qui devenait de plus en plus accrédité partout à cette époque(1). Sous ce nom même, c'est toujours bien un droit général qu'elle établit.

Plus on y réfléchit, plus on doit se convaincre que la loi Ripuaire, ici (tout comme le fragment burgonde sur la *potestas mariti*), a été formulée comme une mesure d'organisation générale, remarquablement conçue pour recueillir et fixer les traits communs à tout le régime matrimonial de l'époque. Je le vois encore dans le soin, que semble avoir pris cette loi, de ne parler ni de la dot romaine *ex uxore*, spéciale aux Gallo-Romains, ni du trousseau ou des apports usités chez les barbares, — supprimant ainsi dans son règlement nouveau « du droit des femmes », tout ce qui pouvait être vraiment coutume distincte des

(1) L'Eglise semblait l'avoir proclamé avant la loi Ripuaire dans un de ses Conciles : « *nullum sine dote fiat conjugium.* »

deux populations. — Et ainsi s'explique bien mieux cette conception large et heureuse d'un texte qui a su élaguer sur tant de points secondaires les coutumes spéciales aux races diverses, mais qui méritait ainsi d'autant plus de servir de fondation nouvelle aux coutumes matrimoniales du royaume.

Et maintenant d'où viennent ces textes ripuaires? De quelle date — de quels auteurs — de quelle influence?

La date, c'est, avons-nous dit, la seconde moitié du VIe siècle, et je croirais même plus volontiers ses dernières années. Grégoire de Tours, qui a fini d'écrire en 590 et qui pourtant demeurait sur un territoire compris alors, d'après les partages, sous la domination des rois d'Austrasie, ne paraît pas même avoir soupçonné ces lois nouvelles, dans tout ce qu'il nous rapporte du droit ou des prétentions des veuves.

D'ailleurs le traité d'*Andelot*, dont il nous a transmis le texte, comme réglant en 587 plusieurs questions nées de la succession de Galshuinte, ne fait aucune allusion à des droits de *collaboratio* à côté de la *dos* et du *morgengab*. Il n'y avait, sans doute, rien d'établi avant 590; tandis qu'il est à croire que le texte ripuaire avait parlé *avant 596*. Nous l'allons voir en conjecturant ses vrais auteurs.

Ses *auteurs* sont des souverains d'Austrasie, puisqu'il s'agit de la loi Ripuaire. Tout porte à croire que cette partie de la loi est venue de l'œuvre législative du jeune roi Childebert II et de sa mère Brunehaut. Si j'ai dit qu'ils peuvent dater d'avant 596, c'est que nous avons, de cette date, un édit de Childebert II, établissant la représentation successorale en ligne directe pour les enfants. Or, il est bien probable que ce fut là une addition à la loi ripuaire telle qu'elle venait d'être arrêtée dans le titre *de Alodibus*, compris, lui aussi, dans la partie de la loi Ripuaire assignée à cette fin du VIe siècle. Et cette représentation légale, n'était-ce pas encore une imitation romaine, témoignant à

cette cour d'Austrasie d'une inspiration semblable à celle d'où était venu le règlement matrimonial des *titres 37 et 49?*

Voici maintenant l'*Influence*. Pour moi, j'y vois l'effet continu et grandissant de la direction chrétienne, se rencontrant si bien avec les tendances naturelles et natives des Francs. C'est ce sens meilleur de l'union conjugale, commencé dès le Bas-Empire dans la société gallo-romaine, qui se poursuit, mais d'un plus bel élan, dans cette société nouvelle où les Francs ont apporté leurs tendances d'intimité domestique et de générosité maritale, exaltées et guidées par leur christianisme. — Et nous l'allons reprendre, dans son ensemble, toute cette question de l'influence ou direction chrétienne en ce royaume nouveau des Francs. Ce sera le dernier objet de notre *Introduction*. Mais disons encore ceci pour justifier notre conjecture sur les auteurs de ces textes.

Ce sont les chefs d'Austrasie [1]. Mais l'Austrasie, n'est-ce pas alors la région des Francs la plus germanique et la moins romaine ; et cette observation ne va-t-elle pas à l'encontre de nos conclusions? Non, si nous prenons garde en même temps à tout ce que Grégoire de Tours nous rapporte de Brunehaut et de Childebert II.

Brunehaut c'est la veuve de *Sigebert,* tué sans doute à l'instigation de Frédégonde quand il venait venger, contre elle et contre Chilpéric, la mort suspecte de Galshuinte. Or, *Sigebert,* c'était le meilleur et le plus digne, pour sa vie conjugale, d'entre les quatre fils de Clotaire Ier. Brunehaut elle-même, c'est la fille des rois wisigoths, bien supérieure alors à Frédégonde par l'éducation première et les sentiments [2].

(1) Nous avons pu juger, d'ailleurs, qu'à la même époque de telles idées n'auraient pas trouvé pareil accueil entre Chilpéric et Frédegonde.

(2) Voici comment Grégoire de Tours après avoir rappelé (L. 4, n° 25 et s.), les mœurs relâchées des divers fils de Clotaire Ier : *Gontran*, *Charibert*, *Chilpéric*, leur oppose la conduite de leur frère *Sigebert* (n° 27) : « Le roi Sigebert, voyant que ses frères se donnaient des épouses indignes d'eux, et s'unissaient honteusement en mariage même à des servantes,

Son fils *Childebert II*, qui est mort à vingt et un ans et qui semble avoir toujours vécu sous la tutelle ou la domination de sa mère, c'était le neveu et l'héritier contractuel de *Gontran*, qui le proclame à plusieurs reprises « l'espoir de la race des Francs ».

Il suffit de lire, çà et là, quelques pages de Grégoire de Tours pour être convaincu, je dirai plus, saisi et fortement saisi de l'extraordinaire situation conquise par le christianisme et les évêques auprès de ces rois francs, depuis moins de cent ans qu'avait commencé leur conversion. Eh ! Childebert II n'avait-il pas donné pour parrains à ses deux fils deux des évêques les plus vénérés de son royaume[1] ?

Quand on garde les yeux fixés sur tout ce cadre de l'histoire générale, on comprend mieux que la loi Ripuaire ait pris une telle avance sous Brunehaut et Childebert. Et sûrement, celui qui a conçu et rédigé le *titre 37* avec cette ampleur, en traçant si nettement pour l'avenir les principes d'un *douaire légal*, d'un *partage de collaboration* et du

envoya des députés en Espagne pour faire demander, avec de grands présents, *Brunehaut*, fille du roi Althanagilde (*et cum multis muneribus Brunichildem petiit*). C'était une jeune fille d'élégantes manières, de figure gracieuse « *honesta moribus atque decora, prudens consilio ac blanda colloquio* ». Son père, l'ayant accordée, l'envoya au roi avec de grands trésors (*quam pater... cum magnis thesauris anteducto regi transmisit*). Sigebert, ayant rassemblé les seigneurs et donné de grands festins, la reçut pour épouse avec un plaisir et une joie immense. Elle était de croyance arienne ; mais, convertie par la prédication des prêtres et les exhortations du roi lui-même, elle crut et confessa la bienheureuse Trinité en un seul Dieu, et persévère encore de nos jours dans la foi catholique. »

Enfin c'est au numéro suivant que Grégoire de Tours raconte aussitôt comment *Chilpéric*, piqué d'honneur par l'exemple de son frère, voulut à son tour demander *Galshuinte*, la sœur de Brunehaut, promettant au roi Wisigoth d'abandonner ses autres épouses. Il la reçut avec pompe, appréciant aussi ses grandes richesses, mais pour la sacrifier bientôt à *Frédégonde*, sans la laisser retourner en Espagne, comme elle l'en avait prié.

(1) V. Gr. Tours, L. 8, n° 37 et L. 9, n° 4, avec toute la joie qu'en ressent le bon roi Gontran.

concours libre de la femme avec son mari, celui-là a pris conseil du sens chrétien et des évêques, — si ce n'est pas un évêque qui l'a rédigé, comme c'est le moine *Marculf* qui composera bientôt le grand recueil des formules au royaume des Francs.

DIX-HUITIÈME COURS

III. — L'influence et la direction du Christianisme dans notre droit matrimonial.

Pour achever cette introduction générale, il nous reste à considérer de plus près une influence et non la moindre, qui s'est exercée sur toute notre histoire française du droit matrimonial, celle du christianisme. Déjà nous l'avons vue souvent apparaître, nous avons même pris soin de la suivre dans la tradition romaine à partir de Constantin, en tâchant de dégager ce qu'elle avait produit dans le droit du Bas-Empire, et ce qui l'avait empêché d'avoir plus d'efficace. Mais dans l'exposé que nous venons de faire des traditions germaniques au temps des invasions, nous n'avons pu que l'entrevoir encore à travers quelques textes wisigoths, burgondes et ripuaires, qui soulèvent la difficulté de discerner s'ils témoignent de coutume purement germanique, ou de coutume infléchie dirigée déjà par le christianisme. Il faut maintenant l'envisager pour elle-même, cette influence chrétienne, en regardant de près aux principaux textes de la Bible et à certains traits généraux du moyen âge.

Il n'est douteux, pour aucun historien de bonne foi, que le christianisme et son Église ont eu, surtout au Moyen âge, une part des plus larges dans toute notre civilisation française. Il n'est pas à douter davantage, avec la foi profonde et unanime de nos pères durant tant de siècles, qu'ils devaient tendre à ordonner leur droit, comme leur vie elle-même, dans le sens des préceptes chrétiens. Or, s'il est vrai que législation et coutume dérivent des mœurs, et

que ces mœurs elles-mêmes, surtout les mœurs familiales, dépendent naturellement des sentiments, des affections, des croyances de nos âmes, autant et plus encore que de nos organismes corporels ou de nos besoins économiques, — n'est-il pas juste de penser que le christianisme, ayant régné si fortement sur les esprits et sur les cœurs en notre pays, a pu exercer une action, profonde aussi, sur notre droit privé? — Là surtout où le droit est si intimement relié aux directions morales, comme en tout ce qui concerne le mariage, l'idée se présente d'elle-même; et toute la question ne peut être que de démêler et de déterminer avec exactitude et sincérité ce qui doit être attribué à cette influence chrétienne.

Je suis arrivé, pour mon compte, à cette conclusion qu'elle a été l'influence capitale sur tout notre ancien droit matrimonial, sorti de tradition vraiment française. Cette action prépondérante n'est pas contestée au sujet de toute la législation du lien même du mariage, si fortement reprise et construite par le droit canon. Mais je crois aussi, que la doctrine chrétienne (sinon l'Église, comme pouvoir public), a eu la plus grande part dans la formation coutumière des quatre institutions de *puissance maritale, communauté, douaire* et *don mutuel,* qui étaient devenues notre droit national, et qui représentent, surtout à mes yeux, la coutume chrétienne du moyen âge.

Et ce n'a pas été pour moi opinion préconçue. Quand je me reporte à mes cours d'il y a quinze ans, je dois bien reconnaître que, débutant, et suivant cette opinion courante qui se transmet si aisément, parfois même sans examen, d'auteur en auteur, j'ai tout d'abord reçu et répété avec la plupart d'entre eux, que nos coutumes matrimoniales avaient dû leur naissance et leur développement, surtout à des origines germaniques, sans attacher une importance aussi capitale à l'idée d'une action spéciale et directe de la doctrine chrétienne. Ce n'est que peu à peu : d'abord, en étudiant avec plus de soin et en péné-

trant mieux la législation et les usages nouveaux de la société romaine du Bas-Empire aux IVe et Ve siècles; puis, en observant combien, dans les documents se référant à la Gaule, les prétendues coutumes germaniques m'apparaissaient en notre sujet absentes, ou incertaines, ou sans consistance (ainsi que je vous l'ai fait voir); c'est, d'autre part : en constatant combien de textes et de tous côtés, à partir des invasions, témoignaient de l'invocation ou de la présence constante d'autorités chrétiennes en toutes questions matrimoniales; — c'est ainsi, dis-je, qu'il m'a semblé de plus en plus malaisé de concevoir et d'expliquer l'*origine ou les caractères précis* de nos quatre institutions coutumières, sans le christianisme. J'aurai à vous le montrer, pour chacune d'elles, en reprenant à fond toute son histoire.

Mais une autre réflexion n'a pas peu contribué à enraciner cette conviction dans mon esprit; et c'est là encore une idée générale à dégager dans notre introduction : à savoir que rien, dans les institutions juridiques comme en toutes constructions humaines, ne peut s'édifier de solide et d'ordonné *sans une direction* précise et constante, qu'il faut savoir en histoire du droit, chercher ou discerner. Cette direction, dans les institutions de droit, se montre mieux sans doute quand leur organisation est conduite par la législation et la science, et nous donne alors ces beaux monuments du droit romain, du droit canon, du Code civil, si fortement conçus avec le sens de l'unité. Mais si le droit ne se dégage et ne se développe qu'à l'état de coutume, là encore, là surtout, il faut du moins pour aboutir à des institutions ordonnées et harmonieuses, *quelque direction intellectuelle ou morale* qui inspire et gouverne les coutumes et les empêche d'être trop disparates. Sinon, avec les différences des régions, avec l'extrême variété des esprits (*tot capita, tot sensus,* nous le savons bien), et à défaut de toute direction supérieure, les coutumes mêmes ne peuvent être que confusion et anarchie. Je crois qu'il en était ainsi

pour les usages divers des peuplades germaniques du temps des invasions. Cette confusion ne devait que s'accroître au Moyen âge. Et nos premiers auteurs du XIIIe siècle l'ont bien senti et nous le disent pour leur époque (1).

Or, remarquons-le tout de suite. Tandis qu'en d'autres institutions coutumières, surtout dans les institutions féodales et successorales, on pouvait déplorer au XIIIe siècle une variété extrême (2), il est avéré au contraire qu'avant la renaissance du droit romain, la diversité était bien moindre, et par toute la France, au sujet des quatre institutions dites « des gens mariés ». Eh ! pourquoi donc, sinon parce que la coutume, ici, se trouvait guidée par une direction morale uniforme, celle de la doctrine chrétienne, pendant que de son côté l'Église établissait sa législation nouvelle du lien conjugal pour traduire, avec unité complète, la conception chrétienne d'un mariage ordonné et indissoluble.

Je ne voudrais pas d'ailleurs exagérer ces conclusions; et je n'irai pas jusqu'à vous dire que le christianisme a tout été, et lui seul, dans la formation de nos coutumes matrimoniales françaises. Une objection suffirait à me retenir, c'est que ce système des quatre institutions ne s'est établi et n'a prévalu qu'en nos pays coutumiers, tandis que la France entière était devenue chrétienne. Pourquoi donc le christianisme, s'il en était l'unique cause, ne les aurait-il pas aussi bien inspirées et dirigées dans le Midi? Tel est bien l'argument, le plus spécieux peut-être, pour soutenir

(1) On peut le lire au prologue de Beaumanoir, et au ch. 1er de P. Desfontaines.

(2) Si bien que même au XVIe siècle dans les coutumes rédigées et déjà unifiées, on a pu constater jusqu'à treize systèmes au moins sur le droit d'aînesse et presque autant sur la règle *Paterna Paternis*. — Voir à ce sujet l'étude de Klimrath, qui constate en même temps combien les Coutumes avaient plus d'uniformité quant à la puissance maritale et à la communauté. Partout, en effet, le mari nous apparaîtra chef des biens et des actes de sa femme, et les deux époux : « uns et communs en meubles dettes et conquêts ».

que ces coutumes avaient dû provenir surtout du fonds germanique, en continuant et développant sa tradition propre.

Cette objection ne m'arrête point, parce que je suis tout disposé à reconnaître aussi la part de l'élément germanique, surtout de l'élément spécial aux Francs, qui devaient s'établir et demeurer dans le Nord et dans l'Est. Cette part je l'ai signalée, en vous montrant, chez les Germains, tout un ensemble de *tendances morales* vers l'intimité plus grande de l'union conjugale, la suprématie naturelle du mari et aussi le sens, bien plus humain qu'à Rome, de la grande communauté des enfants. Mais, sauf en ce qui concernait une *dos* assurée par le mari à sa femme, et déjà tournée en coutume précise, nous n'avons pu voir, au temps des invasions, ni puissance maritale, ni communauté, passées à l'état de *vraies coutumes juridiques* ou commençant même déjà de s'ordonner et s'édifier comme telles, en face des constructions contraires si fortement établies par le droit romain. Or les Gallo-Romains depuis le Bas-Empire tendaient aussi de leur côté (nous l'avons vu) à de nouveaux usages matrimoniaux, pour se dégager de ces institutions du droit classique devenues contraires à leurs croyances et leurs mœurs nouvelles. Une observation meilleure du mariage avec une subordination plus confiante des femmes, plus d'autorité et de droits pour les mères, le concours juridique plus fréquent entre époux, parfois le don mutuel, n'est-ce pas ce que nous avons pu suivre et constater, ainsi que la donation maritale *ante nuptias?* — Eh bien! s'il n'avait pas existé cette influence si manifeste et précise du christianisme, ne cessant de grandir pour continuer d'ébranler les constructions matrimoniales de Rome, qu'il minait déjà depuis deux siècles; si d'autre part, cette direction chrétienne n'était pas venue exalter et conduire les tendances naturelles au petit nombre des Germains passés en Gaule, — comment croire que ces Barbares auraient pu suffire à détruire et remplacer sur de nou-

veaux plans tout l'édifice romain? On ne songe pas assez que, même en ces régions du royaume des Francs, la masse des habitants était demeurée gallo-romaine et dès lors soumise au droit de Rome, à ce droit que les barbares eux-mêmes, en leur dénuement juridique, durent accepter d'abord sur tant d'autres points, pour leur propre usage. Comment donc auraient-ils, à eux seuls, transformé pour la population tout entière l'ensemble des institutions matrimoniales, si la Gaule elle-même n'y avait été inclinée par changement de ses mœurs? La vérité à mes yeux, c'est qu'il s'est produit, contre l'antique et forte tradition romaine, une merveilleuse rencontre des prédispositions naturelles aux Germains, avec la direction du christianisme, formulant de son côté des inspirations semblables en préceptes supérieurs et en préceptes nettement dégagés. Et c'est elle, cette direction, qui poussant à la fois Gallo-Romains et Barbares, les Francs surtout, les Francs en tête, les mena à terminer enfin cette démolition commencée des mauvaises constructions classiques du mariage romain, pour en édifier de nouvelles sur les vrais plans d'une société devenue entièrement chrétienne.

Voilà pour moi toute l'explication qu'il nous faudra reprendre et suivre en détail sur chaque institution. Ce n'est qu'un des aspects, mais non le moindre, de cette grande vérité d'histoire, qu'il fut donné au christianisme de tant contribuer à fondre ensemble les deux sociétés barbare et romaine, en les contenant ou les dirigeant. — Et quant à l'objection tirée du Midi (dont le christianisme d'ailleurs, comme le caractère n'ont pas été de tous points semblables à ceux du Nord) (1), je vous ferai voir plus tard qu'aux régions méridionales, les mêmes inspirations chrétiennes avaient commencé de conduire à des coutumes

(1) Qu'on se rappelle seulement l'arianisme des Wisigoths, des Albigeois, et la différence si marquée des régions du Nord et du Midi quant aux élans de l'art religieux français, si mal à propos qualifié d'art gothique.

analogues de communauté et d'autorité maritale, avant cette Renaissance du droit romain, plus prompte ici et plus puissante, qui les a renversées pour la plupart, mais non pas toutes. Sans doute serez-vous surpris de voir tout ce qu'il est possible de découvrir en ce sens, au Moyen âge, dans nombre de chartes du Midi, ou dans les anciens usages de Narbonne et de Toulouse, sans compter ce qui restera de vieille et franche communauté conjugale, dans les coutumes de Bayonne et de Labourt (1).

Ainsi donc c'est *la direction* (c'est-à-dire l'inspiration dirigeante et continue des nouvelles coutumes matrimoniales) direction surtout féconde aux royaumes francs, c'est là ce que je regarde comme la grande part du christianisme ; et à mon sens elle est capitale. Elle m'apparaît, dans le domaine du droit, comme une nouvelle et éclatante confirmation de cette antique et nationale devise de notre histoire française du Moyen âge « *Gesta Dei per Francos* ». Et j'ai maintenant, pour compléter toutes les indications déjà données, à reprendre deux points :

1° *La doctrine chrétienne sur le mariage*, pour en faire ressortir les principes de direction qu'elle allait donner à tout le droit matrimonial.

2° *L'ensemble des conjonctures* qui ont permis au christianisme de prendre alors, dans tout ce large domaine du droit privé, une force dirigeante et créatrice bien autre qu'au Bas-Empire, jusqu'à triompher ici du droit romain.

(1) Au surplus il est facile de répondre d'un mot aux partisans des origines germaniques trop exclusives, que ni en Allemagne, ni en Angleterre, ni au *Miroir de Saxe* ni chez les *Anglo-Saxons* et *Anglo-Normands*, on ne pourrait apercevoir l'autorité maritale et encore moins la communauté et le don mutuel institués comme en nos coutumes de France, tant notre *Communauté conjugale* était bien « l'usage de France » comme disaient les docteurs étrangers, alors que par toute l'Europe on nommait aussi nos cathédrales gothiques : *Francigenum opus*.

I

Cette doctrine chrétienne résulte de trois textes principaux, développés ensuite ou commentés par des milliers d'écrits, ceux des pères et docteurs de l'Église, par des millions de voix, celles des prêtres ou prédicateurs chrétiens :

1° *Le texte de la Genèse*, considéré, dans la tradition chrétienne, comme l'institution primitive du mariage.

2° *Le texte de l'Évangile*, venu ensuite pour la restauration et le perfectionnement du mariage, érigé en sacrement et proclamé indissoluble.

3° *Les textes de saint Paul*, reçus comme exposition ordonnée de tous les principes supérieurs de la doctrine chrétienne sur la question de célibat ou de mariage, et celle des devoirs chrétiens entre les époux.

Reprenons-les pour les examiner, non certes en théologiens, mais dans leur portée juridique et leur rapport direct avec l'histoire de notre droit.

1° *La Genèse.* — Vous avez présent à la pensée tout ce récit de la création, surtout de celle d'Adam et d'Ève, avec toutes ses données d'apparence si naïve et pourtant d'un sens si profond. Dieu a créé l'homme à son image pour croître et multiplier en remplissant et dominant la terre(1). Mais il a dit ensuite : « Il n'est pas bon que l'homme soit seul, faisons-lui un aide semblable à lui » « *adjutorium simile sibi* ». Ève est tirée d'Adam, et c'est Adam lui-même qui en remerciant le Seigneur prononce les paroles fondamentales : « L'homme quittera son père et sa mère pour s'attacher à son épouse et pour, à deux, ne plus faire qu'un » ; *quamobrem relinquet homo patrem suum et matrem, et adhærebit uxori suæ, et erunt duo in carne unâ;* pa-

(1) *Crescite et multiplicamini, et replete terram et subjicite eam...*, paroles souvent répétées aussi au *libelli dotis...* Eh ! n'est-ce pas un précepte qui, s'il restait observé comme en notre ancienne France et certaines contrées, les plus chrétiennes de notre France actuelle, vaudrait autant à lui seul que bien des théories coloniales et pourrait figurer en tête de nos enseignements coloniaux ?

roles qui seront textuellement rappelées par Jésus-Christ, puis par saint Paul, et proclamées ainsi comme le plan divin du mariage, avant de figurer en tête d'un si grand nombre de *libelli dotis* de l'époque franque, comme l'inspiration même de leur coutume matrimoniale naissante.

Eh bien! arrêtons-nous une première fois sur ce texte de fondation chrétienne, pour examiner ce qui devait naturellement s'en déduire en contraste avec les principes romains, mais en harmonie sensible avec les mœurs primitives des Francs. Et sachons ne pas oublier que pour la population tout entière, franque et romaine, chaque mot devait conquérir alors l'autorité précise d'un texte légal, plus encore, un texte sacré...

« L'homme quittera son père et sa mère ». *Patrem et matrem :* n'est-ce pas déjà le père et la mère placés sur la même ligne en face de leur enfant, comme jamais Rome païenne ne l'avait conçu pour la mère ? Le sentiment naturel des Francs Saliens, que nous avons trouvé dans leurs textes « *tam de patre quam de matre* » rencontre donc aussitôt ici sa confirmation chrétienne, à l'opposé des données classiques des temps romains. Et il suffit de parcourir les pères de l'Eglise, pour observer qu'en développant ces paroles de la Genèse et le précepte du Décalogue . « *Honora patrem tuam et matrem tuam* », ils n'ont pas manqué de mettre la mère au rang du père, de contribuer à la reconnaissance de son droit maternel au Bas-Empire et de fortifier ainsi toute cette tradition française que le Code a reproduite dans la forme même du précepte chrétien (1) ».

Mais c'est surtout : « *Relinquet homo patrem... et adhærebit uxori suæ* ». « L'homme quittera son père... » : est-ce là le droit romain qui d'après son principe gardait le fils en puissance paternelle, même après son mariage, jusqu'à permettre au père de dominer et de répudier la femme de son fils ; et qui, dans le mariage *sine manu*, maintenait aussi l'épouse sous la puissance de son propre père, de ma-

(1) Art. 371 et 372.

nière à entraver des deux côtés à la fois la vraie et juste notion de l'union conjugale ? Là encore la tendance naturelle mais confuse des Germains devait se reconnaître et mieux s'affirmer, en se rencontrant avec la Genèse qui conviait aussi les Gallo-Romains à de nouveaux usages (comme nous le verrons bien jusqu'en pays de droit écrit). Des deux parts on allait marcher sous cette bannière. Eh ! n'est-ce pas ce texte même qui devait surtout diriger dans notre coutume française, l'admission définitive de ce principe que « tout mariage émancipe », comme impliquant en droit le foyer conjugal indépendant et distinct, où les deux époux se doivent avant tout l'un à l'autre.

La Bible ajoute : « *et erunt duo in carne unâ* ». Qu'est-ce autre chose que la proclamation la plus simple et la plus saisissante de l'idée d'association conjugale, comme association plus profonde que toutes les autres : corps et âmes, enfants et fortunes ! Le Bas-Empire n'y tendait qu'avec peine, quoique déjà la Gaule chrétienne parût connaître l'usage du concours ordinaire des époux dans les actes. Les Germains, de leur côté, en avaient si bien le sentiment naturel que Tacite nous a rendu témoignage de l'intimité profonde des époux : « *Venire se laborum periculorumque sociam*, etc. ». Mais ces tendances de leur vie primitive, toute rustique et guerrière, qui auraient pu s'affaiblir avec leur fortune nouvelle et au contact d'un droit romain bâti sur de tout autres principes (ne l'avons-nous pas vu entre Chilpéric et Frédégonde ?), elles vont s'exalter au contraire et passer dans le droit avec la pensée et la récitation constante de la grande parole biblique : « *Erunt duo in carne unâ* », fortifiée encore de celle de l'Évangile « *Et jam non sunt duo, sed una caro.* C'est elle qui va bientôt inspirer, avec une pratique de plus en plus répandue du concours juridique des époux, le : *quod simul collaboraverunt* et *simul consumpserunt*, qui commence seulement à apparaître (*fin* VI*e siècle*) dans la loi ripuaire. La coutume de toute cette société chrétienne va s'ordonner de plus en plus

suivant cette pensée que « mari et femme ne font qu'un ». L'idée d'association conjugale va grandir et se développer sous tous ses aspects. Et là surtout nous trouverons l'origine de notre vieille communauté, si essentiellement nationale, mais bien plus conforme à cette pensée chrétienne (jusqu'au XIIIe siècle), qu'elle n'est devenue et demeurée jusqu'à nos jours(1).

Est-ce tout dans la Genèse? Et pour cette union conjugale, ne dit-elle rien des rôles marqués à chacun des époux? Bien au contraire, c'est elle qui déjà va consacrer en termes saisissants, la primauté naturelle de l'homme et la vraie condition de l'épouse. — *La primauté* de l'homme puisqu'il a été créé le premier dans le plan divin et que sa compagne même n'a été tirée que de lui. Combien de fois le redira-t-on au Moyen âge? — Le vrai rôle de la femme, quand il est écrit qu'elle sera « *son aide, semblable à lui* ». *L'égalité de la femme* en ses attributs de maîtresse de maison, chef aussi à sa manière, mais chef en second et subordonnée au mari comme chef supérieur, a-t-elle jamais été proclamée dans un langage à la fois plus simple et plus éclatant? Nous verrons bien, au XIIIe siècle avec Beaumanoir, que l'autorité maritale et le concours de l'épouse apparaîtront alors ordonnés dans la coutume, et de tous points avec une logique parfaite, sur cette grande donnée : « *adjutorium simile sibi* », avant les déformations singulières qui ont suivi.

Mais je dois bien ajouter encore que c'est la Genèse qui

(1) *Et nos Deo dante, indivisi et nostra similiter...*, dira un *libellus dotis* du Moyen âge qui a commencé, comme tant d'autres, par rappeler tout le verset de la Genèse. V. *Zeumer, Form. extr.* : I, no 14 (p. 542). Et nombre de nos coutumes y répondront comme un écho : « Homme et femme... sont *uns et communs* en biens... ». C'est le texte même de la coutume d'Orléans, art. 186. — On est, d'ailleurs, frappé, à la lecture de nos anciens auteurs français, comme des Anglo-Normands, de voir combien ce texte et ce principe : *Sunt una caro*, fut souvent cité et invoqué comme base de construction juridique. Les *Anglo-Normands* y ont appuyé leur extraordinaire notion de la femme juridiquement effacée et comme confondue avec son mari pendant le mariage.

la faute, fournira l'expression même de *puissance maritale,* si souvent exagérée par la suite dans nos mœurs et notre jurisprudence anciennes. « *Sub potestate viri eris et ipse dominabitur tibi* ». C'est bien là qu'elle semble avoir été prise dès les invasions, sous le nom même de *puissance* ou de *potestas,* par les lois des Wisigoths et des Burgondes qui n'ont guère songé à organiser sous ce nom ce prétendu *mundium* germanique dont ni elles, ni les lois franques, ni les formules, ne parlent jamais pour le mari (1).

Voilà pour la Genèse. Révélation divine ou légende hébraïque sublime, ce n'est pas là le point que j'ai mission de traiter avec vous. Nous ne faisons ici que de l'histoire. Mais ce qui n'est pas douteux, *en histoire,* c'est que de Clovis à Charlemagne, de Charlemagne à saint Louis, toutes ces générations de Francs et de Français les ont bien acceptés, ces versets de la Genèse, comme la parole de Dieu; et que l'ayant reçue et vénérée comme telle, ils ont dès lors marché droit, en pleine certitude morale à travers ce rude Moyen âge, pour construire toute leur coutume matrimoniale suivant la direction de ce plan, si bien conçu pour l'humanité et, pour eux, tracé par Dieu même.

Un point grave, cependant n'était pas éclairci dans la Genèse : celui de la *dissolution du mariage par rupture volontaire.* L'esprit du texte pouvait bien résister à l'idée d'un divorce; mais la lettre n'y contredisait point. Et Moïse, le grand législateur des Hébreux, était venu déclarer possible la répudiation de par l'homme, renvoyant sa femme pour cause motivée (2). La répudiation pour le mari seul, c'est là encore une idée qui parut naturelle au monde antique, et où les Germains auraient bien reconnu leur coutume primitive, comme ils l'auraient conservée longtemps peut-être, si Jésus n'était venu sur cette grande ques-

(1) V. Code d'Euric, n° 323, et ce qui a été dit, p. 442 et s.
(2) V. Deutéronome, ch. XXIV, n° 1.

tion effacer la tradition de Moïse pour porter et fixer plus haut la loi chrétienne.

2° C'est ici notre second texte, celui des *Évangiles*. Je vous le lis suivant saint Mathieu (1), qui concorde avec saint Marc sauf en un point, celui du renvoi de la femme pour adultère, dont saint Marc ne dit rien. Et nous verrons plus tard toute la difficulté de droit canon qui s'ensuivra.

Que dit ce texte fondamental? Il rappelle d'abord le passage fondamental de la Genèse, comme principe. Mais qu'y ajoute-t-il en repoussant la concession faite par Moïse : « à cause de la dureté de vos cœurs »? Il prononce cette grande parole : *Quod Deus conjunxit homo non separet*; et dans cette ligne seule est l'affirmation nouvelle des deux grands principes que dégagera le droit canon.

1° D'abord que c'est Dieu même, dans le mariage, qui a uni et continue d'unir les époux. Tel sera le sacrement vu par le côté du droit, dont l'idée est bien qu'au consentement même des époux s'est jointe la volonté supérieure de Dieu, qui noue et qui maintient le lien conjugal. *Deus conjunxit* : c'est la notion juridique du sacrement.

(1) V. *saint Mathieu, XIX, versets 3 à 9*. C'est l'évangile des messes de mariage. Voici le passage principal du texte, suivant la *Vulgate* :

V. 4. — *Non legistis quia qui fecit hominem ab initio, masculum et feminam fecit eos et dixit :*

V. 5. — *Propter hoc dimittet homo patrem et matrem, et adhærebit uxori suæ, et erunt duo in carne una.*

V. 6. — *Itaque jam non sunt duo, sed una caro. Quod ergo Deus conjunxit, homo non separet.*

V. 7. — *Dicunt illi (pharisæi) : Quid ergo Moyses mandavit dare libellum repudii, et dimittere?*

V. 8. — *Ait illis : Quoniam Moyses ad duritiam cordis vestri permisit vobis dimittere uxores vestras. Ab initio autem non fuit sic.*

V. 9. — *Dico autem vobis quia quicumque dimiserit uxorem suam, nisi ob fornicationem, et aliam duxerit, mæchatur; et qui dimissam duxerit, mæchatur.* — Comparer *saint Marc, X, 2 à 10.*

2° Mais de là cet autre principe que ce lien, formé par Dieu, ne peut être rompu par l'homme ou des volontés purement humaines. Il en sortira l'idée, toute supérieure et si étrangère au monde antique, du mariage indissoluble comme principe. La Gaule entière puis la France l'accepteront comme toute la chrétienté pendant des siècles; et la répudiation romaine ou barbare, ainsi que le divorce mutuel, disparaîtront de notre droit matrimonial.

3° L'Évangile n'avait fait que compléter la Genèse et reformer Moïse sur ces grands points du mariage. Il n'avait pas transmis un ensemble de préceptes sur toute l'union conjugale, ses devoirs et ses effets. C'est saint Paul, l'apôtre inspiré entre tous, suivant la tradition de l'Église, qui vint formuler les grandes règles de la doctrine chrétienne quant aux devoirs matrimoniaux.

Je vous ai déjà dit comment et pourquoi (sans doute à la vue du désordre des mœurs dans le monde romain, en Grèce et à Rome même), saint Paul avait été entraîné à porter de ce côté l'un des grands efforts de sa prédication morale et religieuse [1]. Voyons maintenant à préciser les principaux traits de sa doctrine et de la direction venue de cette doctrine.

Les deux textes fondamentaux sont :

1° *L'épître aux Éphésiens,* chap. V, nos 22 et s.

2° *La première épître aux Corinthiens,* chap. VII, sur toute la question générale du mariage et du célibat.

De ce dernier, je ne veux dire aujourd'hui qu'un simple mot, c'est qu'il est la source indubitable de cette idée chrétienne, encore solennellement affirmée au concile de Trente, que le célibat de chasteté est supérieur à l'état de mariage, parce que, disait saint Paul, il permet mieux de se consacrer à Dieu ou au service de Dieu. Nous en avons vu déjà quelques effets au Bas-Empire dans Grégoire de

(1) V. p. 185 et s.

Tours. Nous en verrons sortir en droite ligne, dans les mœurs comme dans le droit, les vœux de chasteté, puis les deux empêchements de mariage à raison des vœux solennels et de la prêtrise. Mais s'il a pu sortir ainsi, des conseils et de la direction du grand apôtre, des règles morales et même juridiques de célibat, qui nous semblent tout d'abord si au-dessus des conditions de la nature humaine, ne devrons-nous pas comprendre que de tous ces textes saints le Moyen âge a pu, bien mieux encore, tirer sa direction morale et juridique du mariage tout entier, jusqu'en ses effets? Eh! n'est-ce pas saint Paul lui-même, comme l'Église à sa suite (nous le verrons aussi), qui devait encourager le mariage, le faciliter même pour tous ceux à qui manque la vocation de chasteté : « *Quod si non se continent, nubant. Melius est nubere quam uri* ».

L'épître aux Éphésiens, c'est avant tout l'exposé de la doctrine sur le rôle de chacun des époux et leurs devoirs chrétiens dans le mariage. Il est formulé en tête des grands préceptes de morale religieuse énoncés successivement par saint Paul pour les époux, pour les pères et enfants, pour les esclaves et les maîtres, paroles qui toutes ont pu servir et qui ont porté contre le droit romain classique.

Ce texte vous le pourrez lire en entier partout. C'est lui qui est consacré comme l'épître des messes de mariage. Je n'ai à lire ici que les versets d'où me semble s'être dégagée surtout l'action morale et juridique. Les voici suivant le texte de la Vulgate.

Chap. V, n° 22. *Mulieres viris suis subditæ sint sicut domino.*

N° 23. *Quoniam vir caput est mulieris, sicut Christus caput est ecclesiæ, ipse salvator corporis ejus.*

N° 24. *Sed sicut ecclesia subjecta est Christo, ita et mulieres viris suis in omnibus.*

N° 25. *Viri, diligite uxores vestras, sicut et Christus dilexit ecclesiam et se ispsum tradidit pro ea.*

. . . .

N° 31. *Propter hoc relinquet homo patrem et matrem suam, et adhærebit uxori suæ, et erunt duo in carne una.*

N° 32. *Sacramentum hoc magnum est, ego autem dico in Christo et in Ecclesia.*

N° 33. *Verum tamen et vos singuli, unusquisque uxorem suam sicut se ipsum diligat : uxor tamen timeat virum suum.*

A l'analyse, qu'en résulte-t-il? D'abord l'affirmation que le mariage est un *Sacrement* pour les chrétiens, devant reposer sur l'idée toute religieuse qu'il est destiné à imiter, dans chaque union conjugale, l'alliance de Jésus-Christ et de son Église. Jésus avait dit : « Que l'homme ne sépare pas ce que Dieu a uni ». L'Église redira, d'après saint Paul, que le mariage relève de Dieu et de son Église comme sacrement, et qu'il est d'autant mieux indissoluble qu'il est l'image de l'alliance indissoluble formée entre le Christ et son Église. Ainsi la théorie du droit canon s'édifiera sur ces deux textes, suivant la direction même donnée par eux.

Mais dans le mariage ainsi conçu, que dit saint Paul pour ordonner *les effets de l'union conjugale?* Il répète tout d'abord la phrase fondamentale de la Genèse : « *Relinquet homo...* », et redite ainsi, trois fois, par les plus vénérés d'entre les Livres Saints, ne vous étonnez pas qu'elle ait formé le grand texte inspirateur de toute notre coutume d'association conjugale ?

Mais *quel rôle* pour chaque époux, ou plutôt *quels devoirs chrétiens?* puisqu'étudier son rôle, en vraie morale, c'est avant tout étudier ses devoirs.

Pour l'épouse, dit saint Paul, c'est la *subordination,* la *soumission* même au mari qui est son chef : « *Subdita* (ou ailleurs *subjecta in omnibus*), *quoniam vir est caput mulieris* ». Telle va être la direction donnée à cette idée de la suprématie naturelle de l'homme, presque abandonnée des Romains dans leur union *sine manu*, et qui n'était qu'une notion d'application encore confuse chez les barbares. Notre

devoir d'obéissance écrit au Code, notre système de l'autorisation maritale pour l'ensemble des actes de la femme, nos prérogatives du mari « comme chef », s'y rattacheront en droite ligne (ce qui se voit rien qu'à ce mot même), bien plus qu'au prétendu *mundium* germanique que nous n'avons pu apercevoir clairement chez les Francs, les Wisigoths ou les Burgondes. Et la loi des Wisigoths nous a parlé déjà, avant la loi burgonde, de la *potestas viri secundum sanctam scripturam.*

Pour le mari, c'est le dévouement envers sa compagne. Il est le chef « mais il doit se sacrifier à son épouse, comme le Christ à son Église, jusqu'à se livrer lui-même pour elle ». Se dévouer et se sacrifier, c'est là un précepte moral, qui dépasse assurément de beaucoup ce qu'il est possible de traduire en droit positif. Mais nous reverrons s'il n'aurait pas mieux valu, avec nos anciens auteurs, rattacher à cette idée bien juste de dévouement, le devoir assez obscurément formulé dans notre Code comme un devoir de protection », et qui tend à faire passer la femme pour une incapable?

Il est, à mon sens, deux points où la coutume chrétienne du Moyen âge s'inspirera du texte de saint Paul, pour mieux fixer et ordonner son droit positif sous cette inspiration morale de dévouement et de sacrifice. C'est d'abord l'*extension démesurée du douaire* chez les Francs, jusqu'au grand douaire légal de Philippe-Auguste. Ce n'est plus là le présent nuptial des Germains, mais un douaire de devoir chrétien, solennellement promis ou rappelé aux portes de l'Église, où je vois une traduction de l'idée de dévouement ou de sacrifice imposé au mari. Et d'ailleurs, quand les *libelli dotis* du Moyen âge nous le montrent, ce *dotalitium*, si constamment motivé : « *pro amore, pro honore, pro dilectione* », n'est-ce pas l'écho même de saint Paul : « *Viri diligite uxores vestras* »? — J'y rattache encore le développement de *la communauté jusqu'au partage égal* entre mari et femme. La participation aux acquêts n'est encore que du tiers dans le texte ripuaire, et seulement pour la

veuve. Elle sera bientôt poussée plus loin. Ce sera bien, sans doute, pour arriver à réaliser toute l'idée : « *Erunt duo in carne una* »; mais aussi sous la direction des idées de dévouement et de sacrifice marital proclamés par saint Paul. Et pourquoi? Parce que c'est le mari surtout, qui réalise d'ordinaire les acquisitions que sa compagne sera ainsi appelée à partager; et que, pour admettre la femme à ce partage contre toutes les traditions du monde antique, il a bien fallu l'idée d'un sacrifice du mari au point de départ de cette marche en avant vers la communauté (1).

Voici maintenant leurs *devoirs réciproques*. Regardez dans nos auteurs anciens jusqu'à Pothier. Ce n'est pas la formule étriquée et mélancolique du Code se bornant à enjoindre aux époux « secours et assistance », que vous y trouverez. Ils répéteront, d'après saint Paul, que le devoir chrétien des époux c'est *l'amour conjugal et mutuel*. N'est-ce pas la parole juste et naturelle, pour qui veut concevoir et exprimer clairement une direction morale du mariage? Eh bien? Dans l'ordre du droit positif, elle s'est réalisée jadis par le *don mutuel*, que la société chrétienne (gallo-romaine et franque) eut de bonne heure tendance à connaître, et qui commence à être formellement consacré (fin du VIe siècle) dans la loi ripuaire. Ce don mutuel, inconnu aux conceptions classiques de Rome, mais déjà visible au Bas-Empire, deviendra dans notre coutume française la vraie donation conjugale, réciproque, égale, irrévocable, donc avant tout loyale et franche entre époux. Il me paraît certain, qu'elle s'est surtout développée sous cette inspiration, que c'est un devoir chrétien, après s'être aimés et dévoués l'un à l'autre, d'en laisser le témoignage à celui qui doit survivre. Au surplus reportez-vous à la formule 12, Lib. 1, de Marculf (formule de don mutuel) (2); et vous verrez

(1) Cela est si vrai qu'en plus d'un pays on répugnera à cette large notion du conquêt, si favorable à la femme, qui a été caractéristique de notre communauté française.

(2) Voici ce début de l'acte, auquel ressemblent tant d'autres du Moyen

que c'est précisément celle qui nous montre, la première, le texte fondamental de la Genèse, donné comme inspiration même de l'acte, et placé dans la bouche du roi des Francs qui intervient pour le consacrer.

Voilà ce que je trouve dans saint Paul, à la suite des autres textes de la Genèse et de l'Évangile : avant tout *la direction*. Elle n'est d'abord qu'une direction de conscience ou purement morale, adressée à de petites communautés d'Asie mineure ou de Grèce; mais elle a si fortement agi sur les âmes, qu'elle est devenue la direction même de notre coutume juridique du Moyen âge, à l'encontre du droit romain : comme d'autres paroles de lui ont commencé de saper l'esclavage, comme d'autres encore sur la charité (mais surtout ici après celles du Christ), ont produit cette étonnante profusion des donations pieuses en vue d'aumône ou de salut, qui reste un des grands spectacles du Moyen âge. Là aussi les actes témoignent sans cesse, par l'invocation même du texte saint, de l'inspiration dont ils proviennent. Si je les rappelle, c'est qu'ils peuvent aider à mieux se rendre compte de cet état extraordinaire des âmes entraînées, pour toute cette période, à connaître des mobiles supérieurs, ou tout au moins de pensée plus haute que les raisons et les combinaisons d'intérêt politique ou privé, les seules qui se dégagent de tout le droit romain.

C'est là ce que nous avons peine à comprendre dans

âge, et qui prennent une signification plus grande encore, quand on observe que, pour des actes s'appuyant au contraire sur des principes romains, on avait soin d'invoquer souvent aussi en tête le texte de la *Lex Romana*. Cf. Formule de Rozière, nos 110, 119, 122, 131, 166, etc.

« *Dum Dominus omnipotens, creator cœli et terræ, permisit, juxta quod legitur, in principio masculum et feminam copulæ sociari consortium, dicens « Relinquet homo patrem et matrem et adhærebit uxori suæ, et erunt duo in carne una », si aliquid pro amore dilectionis inter se invicem donare decreverint, hoc nostra serenitas in id ipsis non renuit confirmare. Igitur...*

Et voir de même la plupart des *libelli dotis* rapportés dans de Rozière, formule nos 221 et s.

l'histoire de ces coutumes du Moyen âge, habitués que nous sommes, par l'influence des traditions romaines, à ne bien connaître ou saisir, en droit positif, que les raisonnements d'intérêt ou les considérations utilitaires. Nous ne nous faisons pas volontiers à l'idée d'institutions juridiques fondées sur des raisons de sentiment. L'esprit français du Moyen âge nous le fera voir, pourtant, dans ses institutions matrimoniales : dans la communauté, dans le don mutuel, dans le douaire, à l'époque où la nation française ressentait aussi ces longues ardeurs qui ont produit les croisades et les merveilles durables de notre art gothique (1).

Il faudra bien que je vous les rappelle, tous ces rapports d'inspiration commune à tant de traits de notre histoire, dans cette période où la raison d'intérêt se rencontrait aussi sans doute, mais conçue autrement. La préoccupation des intérêts de la vie future (raison de sentiment à nos yeux) dominait alors, en tant de choses, celle de la vie présente. Si on partait aux croisades, si on s'associait de son argent, de ses privations, de son labeur, en vue des

(1) Veut-on un exemple qui montre bien cette opposition des raisons de sentiment ou des raisons toutes positives, données pour bases des institutions du droit, comme elles contrastent parfois si bien dans la conduite des peuples ou des hommes. Prenons le douaire. Il n'est d'abord qu'un présent nuptial chez les Germains, sûrement chez les Francs ; et Tacite n'y a bien vu qu'une coutume toute de sentiment. C'est par sentiment et devoir chrétien qu'il grandit en France : *pro antiqua consuetudine et pro dilectione vel amore,* nous disent les formules et les chartes. Encore au XIIIe siècle, pour expliquer le douaire légal de Philippe-Auguste, on n'invoquera pas d'autres raisons que celles de récompenser pour l'épouse sa dépendance, sa maternité, et sa plus grande difficulté de se suffire à elle-même. V. Justice et Plet, p. 219. Bien plus tard seulement, nos jurisconsultes imagineront de dire que le douaire est fondé sur l'utilité de compenser pour les femmes leurs exclusions successorales, ou de leur garder comme veuves même rang social et dignités. Mais quand il ne sera plus compris et expliqué que par ce genre de considérations, ce douaire légal, si inconnu des Romains, si manifestement chevaleresque et chrétien, sera critiqué et tombera.

splendides cathédrales, c'était bien pour gagner encore, mais gagner des récompenses éternelles. Et cette même pensée s'est traduite en une multitude d'actes juridiques (donations pieuses surtout, mais bien d'autres encore), placés sous l'invocation directe et précise de ces pensées de l'Évangile redites sous tant de formes : Rachetez-vous ou faites-vous des trésors, pour le ciel même ! J'en retrouve quelque chose aussi dans ces grandes générosités maritales du douaire et de la communauté, qui ont grandi ensemble, et qui n'ont pas été principalement des faits économiques, même la communauté.

Eh bien ! tout cet esprit créateur, animé d'un sens si nouveau des intérêts et des devoirs, mais pour la grandeur même de notre histoire française, croira-t-on qu'il nous est venu seulement des Germains? Ou n'est-il pas sorti bien plutôt d'un développement extraordinaire du génie chrétien, dans ce peuple si mélangé des Gaules, libéré du génie tout terrestre et positif de Rome par la victoire des Francs(1)? L'histoire même de nos institutions matrimoniales est un des éléments qui peuvent bien servir à comprendre et à discuter cette grave question. Et nous le verrons mieux encore quand nous aurons pu parcourir un autre versant de cette histoire, celui qui nous montrera le droit romain, après sa renaissance, reprenant, par la docilité trop grande de nos juristes français, une direction parfois mal inspirée sur notre droit matrimonial.

Ainsi c'est *la direction,* toute intellectuelle et morale d'abord, mais devenue pourtant direction précise et continue pour notre droit français du Moyen âge, c'est là ce que je crois pouvoir avec certitude attribuer à la doctrine chrétienne de l'Écriture sainte.

Mais voici maintenant notre deuxième question.

(1) Ils le dirent eux-mêmes. Voir plus loin le prologue de la loi salique.

II

Comment s'expliquer cette direction chrétienne sur le droit privé ne se développant ainsi, dans toute sa force et sa portée, qu'aux siècles qui suivent les invasions et conversions barbares? — Ici toute notre histoire générale du Moyen âge serait engagée dans la question. Je vous y renvoie, et ne puis songer qu'à rappeler et dégager quelques points.

Il y avait déjà près de cinq siècles que l'Évangile et saint Paul avaient posé ces principes. La Gaule entière était devenue chrétienne depuis plus de deux siècles. Les docteurs de l'Église n'avaient cessé de commenter et développer les textes Saints. Les principaux d'entre les pères de l'Église latine : saint Ambroise, saint Augustin, saint Jérôme datent de la fin du IVe siècle; et saint Hilaire de Poitiers, le grand docteur des Gaules, qui compte parmi eux, les a plutôt devancés (milieu du IVe siècle). Tandis, qu'après les invasions et pour longtemps, les pères de l'Église vont manquer à la doctrine chrétienne comme aux lettres latines elles-mêmes.

Pourquoi donc en notre sujet leur action la plus efficace s'est-elle montrée aussi tardive? Nous nous en sommes entretenus déjà pour le temps de Constantin et de ses successeurs. Déjà je me suis appliqué à vous montrer, dans le Bas-Empire, cette action s'exerçant à la préparation de réformes réclamées du législateur, et plus encore à l'inspiration d'usages nouveaux introduits contre la tradition païenne et classique. La législation du divorce, tout au moins, s'en était fortement ressentie. La *donatio ante nuptias* avait été secondée par les lois. Et si, quand les pratiques se modifiaient, le droit matrimonial n'a pas subi dès lors de plus grands changements, nous avons vu comment tout l'édifice romain devait s'y opposer longtemps par la force même de ses constructions. La construction de l'État

romain et ses traditions d'Empire ne pouvaient se prêter encore à une action de l'Église organisée en pouvoir public, disposant à elle seule de la législation et de la juridiction des mariages. Les constructions classiques du droit privé résistaient aussi à l'idée de consacrer pour règles des pratiques nouvelles (qui s'annonçaient pourtant), d'autorité maritale, ainsi que de communauté et de concours juridique entre les époux. Sur toutes ces institutions romaines (*Patria potestas*, dot, et Velléien), conçues sur des plans si étroits, mais si nettement dessinées et fermement construites, les textes saints et la doctrine chrétienne n'avaient prise que malaisément pour les abattre ou les transformer. Voilà où fut si longtemps l'obstacle.

Après la chute de l'empire d'Occident, et le progrès des invasions barbares (surtout après la conversion et le triomphe des Francs) toute la force du droit public et du droit privé de Rome est ébranlée, et le terrain va se déblayer pour de nouvelles coutumes de droit.

La notion de l'État s'affaiblit. Et vous n'avez qu'à vous reporter sur ce point à vos souvenirs et à vos livres d'histoire générale du droit français. L'Église s'élève pour s'établir en vrai pouvoir public indépendant et bientôt supérieur. Nous l'avons bien vu dans Grégoire de Tours au rôle des évêques, pacifiant les désordres, remplaçant les juges, arbitrant les dissensions familiales ou conjugales, résistant même aux rois, toujours avec les textes de l'Écriture sainte pour arme principale et derrière eux, pour appui, le respect et l'opinion de leurs fidèles. Ces évêques, avec un sentiment si juste du besoin de s'unir sous une direction et sous un chef, pour accroître l'autorité et la force de l'Église, ne se contenteront pas de leurs conciles provinciaux ou même généraux. Ils se rangeront sous la suprématie reconnue de l'évêque de Rome. La Rome des papes imitera la Rome des empereurs, comme pouvoir public universel dans son domaine des questions de foi et de discipline, parfois même au delà de son vrai domaine. Elle pourra

donc alors prendre, ou, pous parler plus juste, obtenir du consentement universel la législation et la juridiction du mariage, et ainsi faire prévaloir par toute la chrétienté les principes nouveaux qui se dégageaient de l'Écriture sainte sur le mariage ordonné en sacrement indissoluble. Elle en refera la théorie tout entière, comme lien conjugal, en touchant même à quelques-uns de ses effets. Et c'est ainsi que, sous cette direction législative et plus tard scientifique, s'édifieront de nouvelles et solides constructions juridiques, celles du droit canon, *de sacramento et fœdere*.

Mais pour le *droit des gens mariés*, surtout pour cet ensemble d'institutions destinées à organiser la notion nouvelle de l'association conjugale, c'était question de pur droit civil. Ce n'est plus l'Église même, avec ses *canons*, qui a pu agir en législateur pour remplacer les constructions romaines de la dot, de la séparation d'intérêts, de la précaution méfiante entre époux, combinés avec l'indépendance des femmes dans le mariage. Comment donc s'est trouvé favorisé cet établissement d'un droit nouveau, inconnu encore des Codes du Bas-Empire et des deux *Leges Romanæ barbarorum?*

Ici je n'ai qu'à compléter ce que je vous ai dit de cette tendance à des usages nouveaux et chrétiens, déjà si manifeste au Bas-Empire romain, mais alors entravée par toute la force de résistance des vieilles constructions classiques. Cette résistance déjà ébranlée va tomber : parce qu'il n'est plus d'autorité publique portée à la soutenir, — parce qu'il n'est plus de science juridique qui l'entretienne, — mais bien plus encore à mes yeux, parce que le sentiment public, renforcé et activé par tout l'afflux barbare, s'en détourne avec aversion, surtout en ce qui concerne les coutumes de mariage. Oui, sentiment d'aversion, commun à toute la population chrétienne des Gaules, mais encore plus vif chez les barbares, surtout chez les Francs. Le droit romain va s'affaisser par cette désertion. Et ainsi,

tout en dehors de lui, vont naître ces coutumes qui, parmi tant de confusion et de ruines, nous donnent l'idée d'un nouvel édifice conçu et bâti par ce peuple chrétien pour répondre, dans le domaine du droit, surtout du droit matrimonial, à la régénération de ses mœurs et de ses croyances.

Reprenons brièvement ces idées. — Il est d'abord *un soutien qui manque* aux constructions romaines, celui de l'*autorité publique*. Nous avons bien vu comment les empereurs romains soucieux, en chefs d'État, du respect des traditions séculaires, s'étaient plus d'une fois refusés à ordonner en droit des usages nouveaux, toujours, en invoquant le *jus vetus*, l'*antiquitus placuit*, les *conditores legum*. Mais l'empire romain a sombré en Occident. Les nouveaux chefs barbares n'ont plus le même sens des traditions d'État, et encore moins le même respect des perfections techniques du droit classique. Comment l'auraient-ils gardé dans cet ordre de choses matrimonial, où le droit romain heurtait si manifestement leurs convictions chrétiennes, aussi bien que leurs tendances naturelles et barbares? Si les Burgondes et les Wisigoths, par besoin politique, ont fait rédiger pour leurs sujets romains des *leges romanæ*, ce n'est assurément pas, quant au mariage surtout, avec le culte des principes romains ou par désir d'en perpétuer la tradition. On le sent bien dans cette chétive *Lex Romana Burgundionum* où, s'il est encore parlé du divorce d'après Constantin, il n'est à peu près rien dit de la dot romaine ni du Velléien, tandis qu'il est souvent parlé de la *donatio nuptialis* analogue à la *dos* des barbares.

Les Francs d'ailleurs ne prendront même pas le soin de composer une *lex Romana* pour les nombreux Gallo-Romains de leur Empire. Et la loi salique nous dira dans un instant toute l'aversion ressentie contre la tradition romaine, par leur sentiment germanique et chrétien.

La *science* d'ailleurs, qui aurait eu tant de justes raisons de garder plus d'attachement au droit des temps

classiques, la science aussi s'est bien affaiblie, presque éteinte. Elle va manquer pour entretenir le monument romain en l'adaptant aux nécessités nouvelles, comme pour le défendre contre les désuétudes et les destructions coutumières. Il n'est plus de science juridique, vraiment agissante et continue, pendant des siècles après les invasions, tandis que la pensée, entraînée par un courant extraordinaire de préoccupations religieuses, se donnera presque tout entière à la théologie. Eh! n'avons-nous pas vu déjà que ce déclin de la science romaine a commencé vers le Bas-Empire, avec l'avènement des pères de l'Église, avec tout ce grand renouveau de direction morale, jugée alors plus précieuse et à bon droit, surtout dans la famille, que toutes ces perfections purement juridiques, qui recouvraient parfois des inspirations si sèches et si pauvres.

Quand triomphent et débordent les invasions germaniques (que César et Tacite avaient pressenties, mais que la décadence romaine n'a pas su prévenir), c'est surtout dans le clergé et les monastères qu'il va se conserver par eux quelque science de l'antiquité et quelque culture ordonnée du droit, mais bien au-dessous de la direction religieuse et politique, qui est leur principal souci. Et ce peu de science sert en vue d'aider les coutumes nouvelles, comme on peut le voir dans la composition, si utile alors, des formules. Mais comment, là aussi, ne pas voir la direction chrétienne qui prévaut, lorsqu'on peut observer que le principal recueil de formules de cette époque, celui de Marculf, l'un des premiers en date et le seul dont l'auteur nous soit resté connu, n'est autre que l'œuvre méthodique, accomplie *par un moine pour être dédiée à un évêque*?

Mais par-dessus tout, c'est *le sentiment public qui se détourne du droit romain*, et qui pousse à l'abandonner par désuétude universelle pour lui susbtituer en bien des points de nouvelles coutumes. Nulle partie de l'édifice romain classique ne devait être plus volontiers désertée que cette construction, si défectueuse et mal équilibrée,

du foyer domestique, où se combinait, avec une *patria potestas* démantelée, un mariage si mal organisé, rendu odieux par l'abus des divorces. La Gaule chrétienne aussi bien que les barbares devaient s'entendre ici contre le droit romain dans une même aversion, exaltée par leur christianisme. C'est un esprit nouveau qui règne; eh! n'est-ce pas l'esprit public qui est le vrai créateur des coutumes, quand rien ne l'empêche plus de façonner son droit comme il fait de ses mœurs, dans le sens de ses besoins et de ses croyances? — Voilà pour moi la raison majeure de cette décadence du droit romain si fortement précipitée à la suite des invasions, jusqu'à la Renaissance du XII[e] siècle. L'ignorance générale du droit romain et des lettres latines n'a été, pour beaucoup, qu'une suite de cet excessif parti pris.

On a souvent parlé de barbarie, d'éclipse de civilisation, des désordres et des malheurs du temps, comme ayant été les causes principales de l'affaissement du droit romain. Mais ce sont là des idées et des termes bien vagues. — Il est certain que la barbarie et ses troubles lui ont porté de rudes coups, surtout en substituant à sa procédure pacifique et savante, ces usages de vengeances privées et de duels judiciaires qui, joints aux preuves par serment, ne pouvaient manquer d'altérer jusqu'au fond même du droit. Nous en avons vu nombre d'exemples dans Grégoire de Tours. Agobard le redira dans son attaque véhémente contre le système de preuves admis dans la *loi Gombette*. — Il est probable aussi que les désordres et les incendies ont détruit nombre de manuscrits, d'œuvres de droit à jamais perdues. Tout cela est vrai. Mais je ne crois pas qu'il faille voir là l'explication principale de cet abandon si complet du droit romain et des lettres latines. Car il ne faut pas exagérer ces effets brutaux de barbarie. Les ravages n'ont pas fait tout disparaître, puisqu'ils ont laissé passer presque intacts les pères de l'Église. Et l'ignorance juridique n'était pas si absolue, puisque Grégoire de Tours nous parle encore de savants juristes, puisque le

moine Marculf ne manquait pas de connaissance ni d'art juridique, puisqu'il y eut des écoles florissantes au temps de Charlemagne avec Alcuin et Eginhart, et que le grand empereur des Francs, s'il l'eût voulu, aurait pu ordonner de rétablir quelque enseignement du droit romain. Aussi bien il y eut toujours des scribes et des copistes pour répandre les œuvres qu'on aurait senti le besoin d'étudier ou de consulter.

Il y eut donc une autre cause également puissante et plus profonde, c'est ce sentiment d'aversion que les barbares, surtout les Francs, ont ressenti contre le génie de Rome, et que la population de leur royaume paraît bien alors avoir éprouvé contre l'antiquité païenne et sa création supérieure, le droit romain. La loi romaine a été repoussée par eux comme répugnant, dans beaucoup de ses institutions fondamentales, à leur caractère germanique et chrétien. La *patria potestas* et ses *alieni juris;* l'esclavage, sans mariage possible, et odieusement conçu en pur *dominium;* le testament romain, comme œuvre purement arbitraire et si aisément tournée contre la famille; cette préférence marquée pour les libéralités à cause de mort ou révocables, contraires à la franchise : voilà bien, avec le régime dotal et le Velléien, autant d'exemples de ces conceptions romaines témoignant d'un génie sec, positif, calculateur et prudent jusqu'à la méfiance, qui était l'esprit de ce peuple juriste, comme il est toujours un peu celui des gens d'affaires et des hommes de loi. C'est lui qui a répugné profondément dès l'abord, et plus tard jusqu'en nos coutumes nationales, à cette race de Francs et de chrétiens, d'où sont sortis ces vigoureux seigneurs et chevaliers du Moyen âge, trop portés d'ailleurs comme tous les hommes d'action à méconnaître jusqu'aux vraies exigences des constructions du droit, et à traiter la science juridique de subtilité ou de chicane (1).

(1) On retrouve dans Beaumanoir, quelque écho de cette opposition au droit romain au début de son ch. VI.

Je vais vous le faire sentir à l'instant par des textes et des faits. Mais laissez-moi d'abord conclure qu'ils ont refoulé le droit privé de Rome pendant des siècles, malgré sa supériorité technique, comme opposé à leur nature et à leur génie, sur bien des points où le contraste se poursuivra plus tard jusqu'en nos coutumes rédigées. C'est là une des grandes raisons qui l'ont fait tomber en désuétude avec ses recueils, tandis que les Français allaient façonner péniblement par eux-mêmes, dans cette rude époque, leurs coutumes féodales et successorales et, pour ce qui est du foyer domestique, leurs coutumes nationales et chrétiennes.

J'ai dit que nous avions des traces en ce qui concerne le droit même, de l'*aversion* des Francs contre le génie romain, — comme il en est bien d'autres de l'*indifférence voulue* de cette société chrétienne du Moyen âge envers les œuvres juridiques de Rome. Rien ne pouvant mieux servir à vous bien expliquer ma pensée, c'est par l'indication de quelques unes de ces traces, que je vais finir.

On a souvent rappelé, comme un des traits les plus anciennement connus de ces Sicambres, vaincus et conquis pour un temps par César, l'énergie farouche qu'ils ont montrée dans la revanche prise contre Varus. C'est Florus, contemporain de Tacite, qui nous a transmis comme souvenir que leur acharnement s'était tourné surtout contre les juristes du tribunal romain (*causarum patroni*), jusqu'au point de leur arracher la langue en leur criant : « Vipère, cesse de siffler » (1).

Mais c'est le grand prologue de la loi salique elle-même, qui va témoigner de leur antipathie contre le génie de Rome aussi bien que de leur enthousiasme chrétien si connu dans l'histoire. Il est peut-être du temps de Clo-

(1) Florus, IV, n° 12. — On peut voir aussi, dans Grégoire de Tours, la fin tragique de ce juriste retors, Andarchius, si savant au Code Théodosien (IV, 47).

taire II, de la fin du VIᵉ siècle, c'est-à-dire de l'époque même de nos textes ripuaires. Nous avons là deux phrases qui, à cinq siècles de distance, font déjà pressentir les cathédrales gothiques, en respirant l'ardeur des croisades.

« *Vive le Christ qui chérit les Francs ! qu'il garde leur royaume,*
« *qu'il remplisse leurs chefs des lumières de sa grâce, et protège*
« *leur armée, en leur maintenant avec leur foi, paix et félicité.....*
« *Car c'est elle, cette nation des Francs, qui, dans sa force et sa*
« *vaillance, a secoué de sa tête et par la guerre le joug si dur des*
« *Romains, et qui, après son baptême, sur les corps des saints martyrs que les Romains avaient brûlés, massacrés ou jetés aux bêtes,*
« *a entassé les ornements d'or et de pierres précieuses* » (1).

A coup sûr le Franc qui a écrit ces lignes, qu'il faut lire dans leur texte, n'était pas un barbare si ignorant des lettres latines. — Mais n'est-il pas évident que cette phrase, écrite plus d'un siècle après les victoires de Clovis, respire encore l'antipathie profonde de l'Empire romain et du génie païen tout entier; et puisqu'il s'agit d'un prologue de la loi salique, l'aversion même du droit de Rome opposé au nouvel esprit germanique et chrétien?

Il allait s'ensuivre que le droit romain devait être délaissé. Et quoiqu'on en trouve encore des éléments, utilisés pour le fonds, dans les formules de Marculf, il est à remarquer, dans tout son livre II ayant trait aux actes de droit privé, combien rares sont les allusions précises et formelles à des principes romains (2). Tandis que, dans les

(1) Voici le texte latin : *Vivat qui Francos diligit Christus, eorum regnum custodiat, rectores eorum lumine suæ graciæ repleat, exercitum protegat, fidei munimenta tribuat, pacem, gaudia et felicitatem tempora dominancium dominus Jesus Christus pietate concedat. Hæc est enim gens quæ fortis dum esset et valida, Romanorum jugum durissimum de suis cervicibus excusserunt pugnando, atque post agnitionem baptismi, sanctorum martyrum corpora quæ Romani igne cremaverant, vel ferro truncaverant, vel bestiis lacerandum procejerant, Franci super eos aurum et lapides pretiosos ornaverunt.*

(2) La form. 17 (L. II) serait l'une des plus intéressantes à suivre,

formules matrimoniales ou celles de donation, l'invocation des idées chrétiennes ou de l'Écriture sainte y est constante, comme elle le sera bien plus encore dans l'ensemble des formules et des chartes du Moyen âge que nous possédons.

Voici d'ailleurs un autre document, des plus significatifs, pour nous faire sentir où en était le droit romain, délaissé autant par indifférence que par ignorance. C'est le fragment d'un testament du comte Évrard, où il lègue sa bibliothèque (*libreria*). Cet acte est de 867 (1). Il émane d'un comte des pays de Bourgogne, ayant charge alors de l'administration et de la justice. C'est pour nous une occasion rare de nous rendre compte de ce que pouvait avoir au IXe siècle, comme provision de littérature et d'ouvrages de droit, un magistrat et personnage laïque, instruit et haut placé.

Que lègue-t-il aux quatre hommes (parents ou amis) qu'il appelle au partage de sa *libreria*, avec ses trois filles? D'abord, à chacun, des livres de prières, missels ou psautiers. Puis, à chacun aussi, des ouvrages chrétiens, comme des commentaires sur les épîtres de saint Paul, surtout des œuvres des pères de l'Église. Pour ceux-là, les manuscrits n'étaient pas perdus. Mais, quant aux grands noms de l'antiquité païenne, où sont les poètes comme Virgile et Horace, où, même, les philosophes et les historiens, Cicéron ou Sénèque, Tite-Live ou Tacite? Il n'est pas fait mention d'un seul d'entre eux, tandis que pour chaque légataire revient le nom d'œuvres de saint Augustin, le plus grand des pères de l'Église latine. Est-ce là un pur effet de barbarie désordonnée, ou l'effet et le témoignage du parti pris des volontés et des croyances?

Et pour les œuvres de droit! Voyez ce qu'il laisse à son premier légataire Unroch, à qui toutes semblent destinées. Voici ce qu'il avait à lui donner : un livre contenant les

parmi celles où l'invocation du droit romain se rencontre : mais combien elle se ressent plus encore de l'influence chrétienne !

(1) Il est rapporté dans le recueil de Thévenin, sous le n° 99.

lois des Francs saliens et ripuaires, avec celle des Lombards, des Alamans et des Bavarois (1). Cela est facile à comprendre pour ce comte : ce sont toutes les lois des peuples germains avoisinant les Bourgognes. Et il lui restait pourtant encore une autre loi des Lombards, pour sa fille Judith. Quant à la loi Burgonde elle-même, ou loi Gombette, c'est celle qui est désignée peut-être sous le nom de « *librum de constitutionibus principum* » ; et c'est le nom véritable que vient de lui restituer son récent éditeur R. de Salis. Puis viennent les *Edicta Imperatorum* qui, sans doute, en 867, désignaient les Capitulaires de Charlemagne et de Louis le Débonnaire. On ne voit plus rien d'autre : rien même des *leges romanæ*, Burgonde ou Wisigothe, rien du Code Théodosien, rien des constitutions impériales de Rome. Et nulle trace du *jus romanum*, c'est-à-dire des jurisconsultes. Ni Gaius, ni Papinien, ni Ulpien ne sont cités, dans cette *libreria*, pas même les Sentences de Paul ; donc pas un mot de cette grande jurisprudence romaine à côté des lois barbares et des docteurs de l'Église. Est-il une meilleure attestation de cette idée que le droit romain est délaissé, vous le voyez bien, plus encore par indifférence chrétienne et germanique que par les destructions de pure barbarie ? Quoi d'étonnant dès lors à ce qu'un droit matrimonial nouveau ait été édifié, suivant les inspirations tout autres de la Bible, par tant de générations oublieuses ou dédaigneuses des lois romaines et des lettres latines, mais si imbues de doctrine chrétienne, et qui, ne voulant plus guère d'autre lecture, avaient pris pour ainsi dire le pli de ne penser qu'à travers les Livres Saints !

(1) Voici cette partie du texte : *Imprimis volumus ut Unroch habeat psalterium nostrum duplum, et bibliothecam nostram et librum S. Augustini De verbis Domini, et librum de lege Francorum et Ribuariorum et Langabordorum et Alamanorum et Bavariorum ; et librum rei militaris et librum de diversis sermonibus qui incipit de Elia et Achab, et librum de Constitutionibus principum el Edictis imperatorum, et Synonyma Isidori et librum de quatuor virtutibus, et Evangelium, et librum bestiarum et cosmographiam Elhici philosophi.* — Viennent ensuite les légataires.

Encore un dernier fait que je veux vous rappeler, bien minime en lui-même, mais qui semble symboliser tous les autres. Comment donc avons-nous retrouvé Gaius? C'est Niebuhr qui l'a découvert en 1816, à Vérone, caché dans un manuscrit, sous une écriture superposée et contenant les lettres de saint Jerôme. Il a fallu recourir aux savants procédés de la chimie pour faire revivre Gaius! — Eh bien! saint Jérôme recouvrant et effaçant Gaius! voilà l'image de ce que je veux vous rappeler du Moyen âge, c'est-à-dire du droit romain disparaissant, en notre sujet matrimonial, sous le droit chrétien. Eh! n'est-ce pas saint Jérôme lui-même qui avait proclamé si haut, précisément à propos du mariage : « Autres sont les lois du Christ et celles des Césars; autres les décisions de Papinien et celles de notre Paul, à nous »! Nulle part cette inspiration ne sera mieux entendue qu'au pays des Francs, qui vont réaliser pour eux-mêmes la grande coutume chrétienne des gens mariés. C'est pourquoi j'ai tâché de vous montrer d'avance, en son ensemble (et nous allons le reprendre maintenant sur chaque point), quelle avait été la direction et la portée des principaux d'entre les Livres Saints, à une époque où chaque verset était cité et respecté, en droit, comme l'avaient été, à Rome, cette loi des Douze Tables, cet édit du préteur, qui, au deuil de la science, n'ont pu même venir entiers jusqu'à nous.

APPENDICE

AUX VIIIe ET XVIIIe COURS

sur une lettre de saint Augustin (1).

Augustinus Ecdiciæ quæ, nesciente viro, bona sua in eleemosynam distribuerat, et vidualem habitum induerat, correctionem adhibet quam acerrimam, injungens ut super his satisfaciat viro suo.

Cette lettre de saint Augustin, que son étendue m'empêche de joindre ici tout entière, me paraît pouvoir donner la confirmation précise de cette idée, que c'est la direction chrétienne qui a surtout conduit l'ensemble de notre coutume matrimoniale, et à qu nous devons notre grande donnée juridique de l'Association conjugale gouvernée par le mari.

Pendant que cette conviction peu à peu me gagnait, que d'une part, on donnait couramment trop d'importance aux notions germaniques dans les origines de nos institutions d'autorité maritale et de communauté, mais qu'on négligeait beaucoup, par contre, d'observer et d'étudier à ce point de vue les mœurs et coutumes nouvelles du Bas-Empire et de la société gallo-romaine, il m'est arrivé bien souvent de me demander comment établir de façon décisive d'où était venue cette direction morale et coutumière, qui se sent mieux encore qu'elle ne se démontre. — J'avais beau constater, d'après les documents, l'insuffisance des données germaniques, l'invraisemblance de toute la portée qu'on leur attribue pour la Gaule les différences même, qui séparent notre vraie coutume française du Moyen âge de ce qu'on a pu rapporter sur le *mundium* des Germains ; — vainement, me trouvé-je saisi, d'autre part, de la ressemblance des traits principaux de cette coutume matrimoniale, avec le texte même des préceptes de l'Écriture Sainte, dont on di-

(1) Donnée comme L. 262e dans la Patrologie de Migne.

rait qu'ils sont la parfaite réalisation! Il me semblait parfois que c'était beaucoup prêter d'effet moral et juridique à quelques brèves paroles des Livres Saints; et que ces grandes formules chrétiennes tirées de Moïse, des Évangélistes ou de saint Paul, planaient bien haut, pour avoir pu descendre ainsi en applications positives dans l'organisation tout entière de notre mariage français.

Si d'ailleurs on les retrouve, ces préceptes, en tête des formules et chartes matrimoniales de l'époque franque, rappelés sans cesse comme leur principe, ne pourrait-on contester leur vertu créatrice à raison même de cette invocation trop constante, en la voyant devenue comme de style et presque banale? — Enfin à notre époque, si dissemblable du Moyen âge par son indifférence ou son scepticisme à l'endroit des notions religieuses, comment ne pas sentir le besoin de se ménager à soi-même surabondance de preuves, avant de songer à conquérir à cette idée l'attention de nos savants et de notre jeunesse?

Je cherchai donc dans les *pères de l'Église*, et avant tout dans *saint Ambroise* et *saint Augustin*, les traces précises d'une direction exercée sur les mœurs et le droit matrimonial de l'Occident, (et déjà j'en ai relevé), lorsque cette lettre de saint Augustin, tombant sous mes yeux, m'apparut lumineuse pour éclairer cette marche des préceptes chrétiens se tournant et se traduisant en règles positives de l'union conjugale : tout d'abord comme coutume religieuse, mais bientôt comme coutume juridique.

On verra mieux, à l'aide de cette lettre, comment cette direction tracée à l'heure des invasions par la main si ferme et si sage du plus grand des Pères de l'Église latine, a dû devenir notre coutume du mariage français, dessinée suivant les traits mêmes qu'elle a reçus du Moyen âge et qu'elle a encore gardés jusqu'à nous. — J'ajoute d'un mot que cette lettre suffirait à prouver l'intensité de ce qu'on appelait déjà « la vie nouvelle » au v[e] siècle, et ce changement profond des sentiments et des mœurs, précurseur de tout le moyen âge chrétien qu'a dominé saint Augustin par sa « Cité de Dieu »,

En voici d'ailleurs les faits et la substance :

Ecdicia (quelque grande dame de l'époque sans doute (1)) chrétienne fervente, mariée et mère d'un fils encore jeune, avait obtenu

(1) *Reverentiæ tuæ*, lui écrit saint Augustin.

de son mari qu'il acceptât de faire, comme elle, vœu perpétuel de continence (1).

Mais, pendant une absence de son mari, elle vient de faire aumône de presque tous ses biens remis à deux moines mendiants (2). De plus, et toujours à l'insu de son mari, elle a pris le vêtement sévère des veuves.

Apprenant ces faits, le mari s'est montré fort irrité; et sans doute il s'est vengé par quelque adultère. C'est pourquoi Ecdicia a écrit à saint Augustin pour lui demander conseil, en lui disant sa peine et ses plaintes.

En quelques pages d'une extrême précision, l'évêque d'Hippone la reprend sévèrement de tous points et va lui retracer ses torts et son devoir. — Je résume et commente ce qui rentre surtout dans mon sujet.

D'abord il relève (3) combien elle a eu tort de manquer ainsi de condescendance et de confiance envers son mari, après avoir tant obtenu de lui dans le sens de ses religieux scrupules. Non pas qu'il déclare rompu entre eux le vœu de continence, qui, résultant d'un engagement pris devant Dieu et par accord irrévocable, doit être respecté de part et d'autre (4). Mais je n'ai pas à insister davantage sur cette partie de la lettre, qui est de pure direction spirituelle, quoiqu'elle servirait déjà à nous montrer le début de cette conception nouvelle des vœux de religion, qui deviendra construction juridique en droit canon, et toute appuyée sur les textes de saint Paul.

Observons surtout ce qui est dit au sujet de ces biens considérables d'*Ecdicia*, imprudemment remis à ces deux moines qu'Augustin ne ménage guère (5).

(1) Cela était déjà fréquent alors, par réaction excessive contre le désordre des mœurs païennes. Grégoire de Tours en donne plusieurs exemples, sans compter l'histoire de Berthegonde.

(2) Elle a pu le faire, en droit romain, puisqu'il s'agit visiblement de sa fortune propre ou paraphernale.

(3) *N° 1 à 3.*

(4) *Quod enim Deo pari consensu voveratis, perseveranter usque in finem reddere ambo debuistis.*

(5) *N°s 4 à 9 « Quum maritus cognovit, quod omnia vel pœnè omnia quæ habebas, nescio quibus duobus transeuntibus monachis, tanquam pauperibus eroganda donaveris, tunc ille detestans eos tecum et non*

Il n'hésite pas à lui déclarer qu'elle a gravement failli en disposant ainsi de sa propre fortune, sans l'assentiment de son mari « *Nihil ergo de tuâ veste, nihil de tuo auro vel argento vel quacumque pecuniâ, aut rebus ullis terrenis tuis, sine arbitrio ejus facere debuisti.* » (*n° 4*).

Mais quelles raisons va-t-il lui donner à l'appui de cette règle, nouvelle et rigoureuse pour une dame romaine maîtresse de ses paraphernaux? A travers les développements de saint Augustin, je distingue trois raisons, également précieuses à recueillir.

1° Elle a manqué d'obéir à son mari qui est son chef, et ainsi elle a violé une règle formelle de la vie chrétienne dans la société conjugale : *Alia postremo ea societas viri et uxoris, ubi mulierem conjugatam non licet dicere : facio quod volo de meo; quum et ipsa non sit sua, sed capitis sui, hoc est viri sui* (*n°* 7). Saint Paul et saint Pierre sont cités à la fois pour confirmer ce précepte. — Eh! n'est-ce pas lui qui est devenu, qui est encore notre principe juridique, qu'une femme ne peut ni aliéner, ni contracter sans l'autorisation de son mari (1)?

Mais *saint Augustin* ne se contente pas vis-à-vis d'*Ecdicia* de lui signifier la règle, et il va lui en expliquer les raisons de sagesse humaine et de bon sens pratique, aussi bien que de sens chrétien.

2° Pourquoi était-il bon qu'elle ne disposât pas ainsi de sa propre fortune sans son mari? Avant tout, parce qu'ils ont un enfant commun, et qu'il appartenait au père de discerner et de reconnaître s'il était opportun que la mère se dépouillât avant de savoir comment l'établir. — *Quid mirum, si pater communem filium nolebat hujus vitæ sustentaculis a matre nudari, ignorans quid sectaturus esset, quum in œtate grandiusculà esse cœpisset : utrum monachi professionem, an ecclesiasticum ministerium, an conjugalis necessitudinis vinculum?* (*n° 8*).

Eh bien! n'est-ce pas justement ce que nous disons encore quand nous enseignons que l'autorisation maritale, en tous les régimes, repose principalement sur cette idée que le mari est le chef et le directeur de l'association conjugale, gardien des intérêts communs

servos Dei sed domûs alienæ penetratores ... qui, marito absente atque nesciente, ab ignota muliere et ab alienâ uxore tanta sumpserunt... »

(1) « Sans l'autorité de son mari » comme disaient plus volontiers nos anciennes coutumes.

du mariage, dont le premier est à coup sûr le souci et l'établissement des enfants?

3° Mais saint Augustin y ajoute encore, comme raison plus générale, le besoin d'harmonie et de concours qui doit se rencontrer entre époux pour tous actes importants, mieux encore pour les bonnes œuvres. Car c'est donnée tout à la fois humaine et chrétienne, que mari et femme agissent de concert, se consultant, s'entraînant, ou se modérant l'un par l'autre, sauf à laisser au mari la décision dernière. Et si la femme a pu concevoir, la première ou plus généreusement, la pensée de sacrifice et d'aumône, son devoir est de la suggérer et de la soumettre au mari, pour lui en faire partager le mérite en obtenant son assentiment.

Pariter ergo consilium de omnibus haberetis, pariter moderamini quid thesaurizandum est in cœlo, quid ad vitæ hujus sufficientiam vobis et vestris vestroque filio relinquendum...... Et in his disponendis atque faciendis, si quid tibi forte melius videretur, suggereres viro reverenter ejusque auctoritatem tanquam tui capitis sequereres obedienter (n° 8, in fine).

Nul n'a jamais mieux exprimé la notion de notre puissance maritale, considérée comme le principal ressort de l'association des époux. Et, rien que dans la dernière ligne, ne voyons-nous pas apparaître les trois expressions que notre tradition française a transmises jusqu'au Code civil : *Auctoritas* — *vir caput* — *obedienter*, c'est-à-dire l'*autorisation* pour celui qui est *le chef* et à qui la femme doit *obéissance*.

Mais ne voit-on pas encore, combien toute cette discipline conjugale se relie entièrement avec le régime de *Communauté des biens*, tel que nos coutumes l'accepteront et l'édifieront, avec l'autorité maritale pour partie intégrante?

Cette communauté n'est pas encore née sans doute comme institution, au temps de saint Augustin. Elle ne sortira que plus tard des nouvelles pratiques, déjà conseillées, de concours ou de *collaboratio* entre époux. Mais, cette pensée de concours et de communauté, ne la retrouve-t-on pas à tout instant dans ce que j'ai déjà pu citer de cette lettre? Elle se formule mieux encore dans cette phrase où, reprochant toujours à Ecdicia de n'avoir pas associé son mari à ses aumônes, saint Augustin lui répète : « *Mullo consultius dilectione concordi, multòque ordinatiùs et honestiùs ambo facere-*

tis; ... et laudaretur Deus in operibus vestris, quorum esset tam fida societas, ut et vobis communiter teneretur, non solum summa castitas, verum etiam gloriosa paupertas » (*n° 5 in fine*).

Qu'on parcoure les formulaires et les cartulaires du Moyen âge, et l'on verra comment, dans la profusion des donations pieuses de cette époque, ce conseil a toujours été entendu, d'aliéner ou d'agir, comme d'acquérir ensemble ! Et c'est de là que viendra notre communauté.

Sur la résolution, non moins exaltée, qu'avait prise *Ecdicia* de revêtir l'habillement des veuves, saint Augustin n'a pas de peine à lui montrer ensuite (1), combien elle a été mal inspirée de déplaire à son mari, en s'affranchissant ici encore des égards et de la soumission qu'elle lui doit. Et, sauf la difficulté d'une sanction judiciaire pour de tels écarts, notre droit positif redirait qu'ici encore « *obéissance* » est due au mari comme « *chef de la vie commune* ». Augustin n'oubliait pas d'ailleurs d'éclairer sa décision au moyen des Livres Saints, en rappelant l'exemple d'Esther : « *quæ marito regi alienigenæ, non eumdem secum colenti Deum, tamen subjecta erviebat* » (*n° 10*).

Mais venons à la *conclusion* même (*n° 11*) que ce grand directeur de conscience aurait eu garde de ne pas formuler avec une parfaite netteté. Il faut qu'Ecdicia, après avoir prié pour elle et son mari, fasse soumission et demande grâce, même pour avoir fait le bien sans son autorisation et son concours. « *Scribe ad eum satisfactionem, petens veniam quia in eum peccasti, quod præter ejus consilium et voluntatem de rebus tuis fecisti quod faciendum putasti; non ut te pœniteat tribuisse pauperibus, sed eum tui boni operis participem et moderatorem habere noluisse* ». Il faut en outre qu'elle lui promette de lui obéir désormais, s'il revient lui-même à meilleure conduite. « *Promitte de cætero... si et illum suæ turpitudinis pœnituerit... te illi, sicut decet, in omnibus servituram.* »

Mais j'interromps : pour observer combien ce raisonnement et cette conclusion si simple et si juste demeuraient alors *tout en dehors du droit*. D'après le droit romain classique, Ecdicia n'était-elle pas indépendante de son mari, libre de disposer de sa for-

(1) *N°s 9 et 10.*

tune extra-dotale? Et ces deux époux, séparés par un grave dissentiment, n'auraient-ils pu se répudier l'un l'autre, ou divorcer? Or pas un mot, nulle allusion à tout ce droit romain dans cette lettre de saint Augustin, ni pour l'invoquer ni pour le combattre. Eh! n'est il pas manifeste qu'au nom d'une morale supérieure, c'est une coutume, nouvelle aussi, que le grand évêque chrétien propose, qu'il impose même déjà, comme appuyée sur la force de préceptes et de sanctions d'ordre religieux? S'il n'a pas songé au droit matrimonial romain, c'est qu'il vise bien au delà, pour l'institution d'une règle de vie nouvelle, que le droit positif ne connaît pas encore.

Mais il n'ignore pas le droit romain; et sa dernière phrase le va prouver quand il rappelle si sagement à *Ecdicia* qu'elle n'a pas sur l'enfant né de son mariage les mêmes droits que le père, qu'à lui seul appartiendrait d'en réclamer la garde et la direction, et que là encore, là surtout, si elle tient pour son fils à une éducation vraiment chrétienne, il importe qu'elle se subordonne à son mari pour se mieux concerter avec lui.

Filium autem vestrum, quoniam de legitimis eum et honestis nuptiis suscepistis, magis in patris quam in tua esse potestate, quis nesciat? Et ideo ei negari non potest, ubicumque illum esse cognoverit et jure poposcerit. Ac per hoc, ut secundum tuam voluntatem in Dei possit nutriri et erudiri sapientiâ necessaria, est illi etiam vestra concordia.

Pouvait-on mieux dire alors, et dira-t-on mieux jamais, pour enseigner cette grande notion conjugale de la direction commune des enfants?

Je ne crois donc pas m'abuser, en considérant et en présentant cette lettre de saint Augustin comme une preuve décisive de la direction chrétienne tendant à organiser l'union conjugale, sous tous ses aspects, en véritable société ou communauté, avec concours habituel des époux gouverné par l'autorité maritale. Ce qui devait résulter d'un pareil enseignement, fréquent alors chez les Docteurs de l'Église, c'est un état nouveau des mœurs passant déjà en coutume articulée et impérative, mais gardée, à ses débuts, par l'unique force des autorités reconnues dans la Société religieuse, qui déjà s'organisait en Église puissante devant la Société civile.

Et suivons par là, une fois de plus, la marche de toutes ces idées,

pour compléter ce que nous avons pu dire, et de la notion **même** de *coutume juridique*, et des origines de nos coutumes matrimoniales.

Dans la Rome païenne, nombre d'époux agissaient sans doute de concert et en parfaite communauté morale, tels *Vespillo* et *Turia*. Mais alors nul précepte ne leur dictait cette conduite domestique ; et, pour assurer leur concours, rien d'autre que l'entente mutuelle et une subordination toute volontaire de la femme au mari. Aussi nulle règle ou coutume de droit.

Avec le Christianisme, le précepte apparaît, qui va en faire sortir une organisation de société et de discipline conjugales. Mais ce n'est encore que *coutume extra-juridique*, laissée en dehors des sanctions civiles. Et trente ans après la mort de saint Augustin, *en 450*, les Empereurs romains, qui n'ont pas ignoré sa doctrine et sa direction, se borneront à déclarer excellent ce précepte de discipline conjugales, ans vouloir le consacrer encore dans leurs lois séculières à l'encontre des vieilles fondations romaines (1).

Mais le progrès religieux s'accentue et les barbares envahissent l'empire. Saint Augustin n'est-il pas mort dans Hippone au temps même où elle était assiégée par les Vandales? Les Goths pénètrent au midi de la Gaule, et les Burgondes y vont entrer par la Savoie. Tous sont devenus chrétiens. Et, bien loin d'être gênés par des fondations de droit classique, ils arrivent sans coutumes organisées, mais ayant dans leurs mœurs le sens de la supériorité masculine et peut être un sentiment plus marqué de l'intimité et du concours entre époux. Aussi là, où les Empereurs ont hésité, ils agissent : et Gondebaud, l'oncle de sainte Clotilde, va commencer de proclamer pour tous, Romains et Burgondes, le principe de la puissance maritale sur les biens de l'épouse, après qu'Euric a déjà rappelé chez les Wisigoths, qu'il y a lieu d'appliquer la « *viri potestas, secundum sanctam Scripturam* ». Mais où donc ce roi Euric (contemporain de Sidoine Apollinaire) avait-il pris cette donnée conjugale, sinon dans des enseignements tels que ceux de saint Augustin ?

Le principe est donc entré désormais dans la loi séculière ; mais, à le voir à son point de départ, comme à voir toute l'organisation coutumière qui s'en est suivie, chez nous, sous les noms de *puissance et d'autorisation* maritales, de mari *chef de la communauté*, comment douter que c'est du précepte et de l'usage chrétiens que tout nous

(1) *Quamvis enim bonum erat...* V. p. 182, note 1.

est venu, bien plutôt que d'un *mundium* germanique, de notion alors si obscure, et dont en France ni le nom, ni le sens n'ont apparu?

Marculf achèvera de le montrer. Qu'on se reporte à ses formules du royaume franc, surtout à sa grande formule 17, du L. 2, et qu'on compare seulement au langage de saint Augustin cette phrase, préparée pour l'épouse voulant faire donation à son mari, et qui respire si bien toute l'idée de notre communauté naissante!

Et Ego ancilla tua; tu domine et jugalis meus... quod in servitio tuo pariter laboravimus, etc.

Pariter laboravimus! mais n'est-ce pas l'expression même de saint Augustin, marquant ainsi le concours des époux : *Pariter consilium haberetis, — pariter moderamini?*

In servitio tuo! mais sans cesse en notre lettre, jusqu'à sa conclusion, il est redit à *Ecdicia* qu'elle doit être : *in omnibus viro servitura*.

Nulle part, il est vrai, nous n'y rencontrerions le mari qualifié *dominus* et la femme *ancilla*. Il semble qu'Augustin a voulu épargner à Ecdicia ces expressions plus rudes de sujétion, dont abusera parfois le Moyen âge. Mais elles ne viennent pas non plus de Germanie; et ce sont bien au contraire des expressions familières à saint Augustin. Nous les retrouverions dans maint passage, et surtout dans ce touchant éloge de *sainte Monique* que son fils lui a consacré dans les *Confessions* (1). Parlant d'abord du mariage de sa mère : *Ubi plenis annis, nubilis facta est, tradita viro servivit, veluti domino*. Et que disait sainte Monique aux dames de son temps, trop enclines à gloser sur leurs maris, que du jour de leur mariage, *ex quo illas tabulas quam matrimoniales vocantur recitari audissent, tanquam instrumenta quibus ancillæ factæ essent, deputare debuisse; proinde memores conditionis superbire adversus dominos non oportere.*

Je m'en tiendrai là; mais je serais heureux si j'avais pu ainsi faire toucher du doigt, que la coutume française du mariage, ayant manifestement orienté dans cette direction précise ses règles et son esprit, devra nous apparaître jusqu'au XIIIe siècle comme ayant été surtout notre coutume chrétienne du Moyen âge.

(1) L. 9, ch. 9.

BAR-LE-DUC. — IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE.

